Ueber

# Haftung wegen Eviction

der

# verkauften Pfandsache.

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

in

der juristischen Facultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

von

**Ferdinand Frhrn. v. Moreau.**

---

**München, 1878.**

M. Rieger'sche Universitäts-Buchhandlung.
(Gustav Himmer.)

Ueber

# Haftung wegen Eviction

der

## verkauften Pfandsache.

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

in

der juristischen Facultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

von

**Ferdinand Frhrn. v. Moreau.**

ACAD. LUD. BAT. BIBL.

---

**München, 1878.**

M. Rieger'sche Universitäts-Buchhandlung.
(Gustav Himmer.)

Druck von R. Oldenbourg.

## §. 1.

Die Grundsätze des römischen Rechtes, welche für das Kaufgeschäft überhaupt gelten, finden im allgemeinen auch auf den Pfandverkauf Anwendung. Besondere Bestimmungen gelten jedoch in Betreff der Haftung wegen Eviction des verkauften Pfandes. In der Regel ist der Verkäufer nicht bloss zu tradiren, sondern auch den dauernden Besitz der verkauften Sache zu verschaffen und in Folge dessen im Falle der Eviction zum Ersatze verpflichtet; der verkaufende Pfandgläubiger dagegen haftet nicht für Eviction. Diess ist ausgesprochen von Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum l. 11 §. 16 D. de act. empti 19, 1:

— *nam si jure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor* —

Ferner Paulus libro sexto responsorum l. 10 D. de distract. pignor. et hyp. 20, 5:

*Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia caussa quaestionem movere.*

Imp. Alexander l. 1 Cod. creditorem evictionem non debere 8, 46:

*Quum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus*

*creditor eodem jure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit.*

Imp. Gordianus l. 2 Cod. eod.:

*Nam sicut genus ejusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit vel decepit, non excusat.*

## §. 2.

Nur in einigen, in den Quellen besonders genannten Ausnahmsfällen ist auch der Pfandgläubiger gleich einem anderen Verkäufer für Eviction verantwortlich. Vor allem dann, wenn er selbst die Haftung ausdrücklich übernommen hat. Diess ist selbstverständlich, ist aber ausserdem in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen[1]).

Ferner statuiren die Quellen die Haftung, wenn der Pfandgläubiger beim Verkaufe sich *dolus* zu Schulden kommen liess[2]), insbesondere wenn er wohl wusste, dass die Sache ihm gar nicht verpfändet oder dass sie nicht Eigentum des Verpfänders sei[3]).

Wusste der Gläubiger beim Verkaufe, dass ihm gar nicht verpfändet oder dass die frühere Verpfändung wieder aufgehoben sei, so haftet er, gleichviel ob von dem angeblichen Verpfänder selbst oder von einem Dritten evincirt worden ist. Es frägt sich jedoch, ob im letzteren Falle der Gläubiger, der gewusst hat, dass ihm nicht verpfändet sei und gleichwohl *jure pignoris* (als Pfandgläubiger) verkauft hat, auch dann hafte, wenn er den als Verpfänder Bezeichneten irrtümlich für den Eigentümer hielt. Hier liesse sich einwenden, der *dolus* des Gläubigers komme in diesem Falle gar nicht in Betracht; nicht dadurch sei der Käufer geschädigt, dass ihm doloser Weise unwahre Angaben gemacht worden seien, sondern dadurch, dass der angebliche oder frühere Verpfänder nicht Eigentümer ist; in dieser Hinsicht aber sei der

1) L. 1 und l. 2 Cod. cit. Für den Fall einer *duplae stipulatio* ausserdem anerkannt in l. 22 §. 4 und l. 23 D. de pignerat. act. 13, 7.

2) L. 2 Cod. cit.

3) L. 11 §. 16 D. cit.: — *dolum plane venditor praestabit, denique etiam repromittit de dolo: sed et si non repromiserit, sciens tamen, sibi non obligatam vel non esse ejus qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.*

Gläubiger *in bona fide* gewesen, könne also hiefür nicht verantwortlich gemacht werden. Denn es wäre ja auch evincirt worden, wenn seine Angaben wahr gewesen wären, wenn der angebliche Verpfänder wirklich verpfändet oder das bereits erloschene Pfandrecht noch bestanden hätte. Es scheint also hier der *dolus* des verkaufenden Gläubigers nicht dessen Haftung begründen zu können, da er sich nicht auf die Thatsache bezieht, welche die Veranlassung des dem Käufer zugegangenen Schadens bildet.

Allein der Käufer als präsumptiv redlicher Mann würde, wenn er vom verkaufenden Pfandgläubiger den wahren Sachverhalt erfahren hätte, nicht gekauft haben; dazu inducirte ihn der Pfandgläubiger durch sein betrügerisches Vorgeben; dieser haftet ihm also zum mindesten auf das negative Vertragsinteresse[1]). Doch lässt sich auch die Haftung auf das weitere Evictionsinteresse begründen. Zunächst nach dem Satze, dass *dolus* wie Garantieversprechen wirke[2]). Wäre nämlich die Angabe des Gläubigers wahr, so hätte der Käufer Anspruch auf Cession der *actio pigneraticia contraria*[3]); der Gläubiger ist also verpflichtet, dem Käufer so viel zu leisten, als dieser mit der cedirten Klage vom Verpfänder erlangen könnte. Da nun der Käufer, wie sich unten ergeben wird, Solvenz des Verpfänders vorausgesetzt, mit der cedirten *actio pigneraticia contraria*, sein volles Interesse erlangen kann, so haftet der Gläubiger dem Käufer unter jener Voraussetzung auf dessen volles Interesse.

Abgesehen hievon aber kommt in Betracht, dass die Quellen ganz allgemein Haftung des Gläubigers statuiren, wenn derselbe sich des Mangels des Pfandrechtes bewusst war. Diess entspricht auch allein der Billigkeit. Denn der Gläubiger verdient schon allein wegen seines *dolus* keine Begünstigung. Dass der Pfandgläubiger von der allgemeinen Regel, wonach der Verkäufer dem Käufer für Eviction haftet, ausgenommen ist, ist eine Bevorzugung, die ihm offenbar

---

1) Vgl. z. B. l. 21 pr. D. 21, 2.

2) L. 57 §. 1. D. de contr. empt. 18, 1; l. 30 §. 1 D. de act. empti 19, 1. — Cf. Windscheid, Pandekten 4. Aufl. §. 78 N. 7. — v. Ziegler, Ueber Betrug beim Vertragsabschlusse §. 18.

3) L. 38 D. de evict. et dupl. stip. 21, 2.

nur zu teil werden soll, wenn er vollkommen *in bona fide* ist; der Umstand also allein, dass er doloser Handlungsweise sich schuldig machte, ist hinreichend, um ihm diese Begünstigung vorzuenthalten. Von diesem Standpunkte aus macht es keinen Unterschied, ob der Verpfänder solvent ist oder nicht.

Ohne Rücksicht auf *dolus* oder *bona fides* haftet dagegen der Gläubiger, wenn vom angeblichen oder wirklichen Verpfänder selbst evincirt wurde. Obwohl sich hierüber kein Ausspruch der Quellen findet, so lässt es sich dennoch mit Bestimmtheit annehmen[1]), und folgt schon daraus, dass der Gläubiger auch haftet, wenn von einem Pfandgläubiger, der ein besseres Recht hat, evincirt wurde.

Imp. Alexander l. 1 Cod. cit.:

*Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emptori non justa fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat, potiorem se ceteris esse creditoribus.*

Der Gläubiger steht aber nur dafür ein, dass er unter allen Gläubigern desjenigen, der ihm verpfändet hat, das beste Pfandrecht habe[2]). Wenn also vom Gläubiger des Publicianischen Besitzers verkauft und vom Gläubiger des Eigentümers evincirt wurde, so haftet der erstere dem Käufer nicht, da er auch nicht haften würde, wenn vom Eigentümer selbst evincirt würde.

Ein weiterer Ausnahmsfall ist begründet, wenn der Gläubiger die Sache als seine eigene verkaufte. Hiebei erhebt sich die Frage, ob es zur Haftung genüge, dass er es unterlassen habe, anzugeben, dass die Sache nicht ihm gehöre, sondern ein Pfand sei, oder ob vorausgesetzt wird, dass er sie ausdrücklich als seine eigene bezeichnet habe. Die meisten Schriftsteller nehmen, ohne zu unterscheiden, Haftung des Gläubigers an[3]).

---

1) So Dernburg, Das Pfandrecht Bd. II S. 179. — Bachofen, Das römische Pfandrecht S. 568 A. 2. — Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 529. — Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht S. 199.

2) Dernburg a. a. O. Bd. II S. 180.

3) Dernburg Bd. II S. 181. — Bachofen S. 563. — Gesterding S. 198 und 199. — Negusantius de pign. et hyp. p. VI, m. I, 40.

Diese Ansicht rechtfertigt sich auch bei näherer Betrachtung. Der Verkäufer, der als Pfandgläubiger verkauft, ist schuldig, hievon den Käufer in Kenntniss zu setzen; für diesen ist es von Wichtigkeit, diess zu wissen, da er, wenn er es weiss, vielleicht zu anderem Preise und unter anderen Bedingungen kaufen wird. Der Käufer ist aber nicht verpflichtet, diese Eigenschaft des Verkäufers zu erraten.

Hat der Pfandgläubiger als Eigentümer gelten wollen, um den Vorteil daraus zu geniessen, so soll er auch zu seinem Nachteile als Eigentümer gelten müssen. Auch hiefür findet sich kein Ausspruch der Quellen, es lässt sich aber die von Dernburg[1]) angeführte Analogie aus l. 9 §. 1 D. locati 19, 2:

*Quid tamen si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus?*

*Videlicet tenebitur: decepit enim conductorem.*

hiefür geltend machen.

Ob aber die Haftung auch statuirt werden darf, wenn der Gläubiger beim Verkaufe sich irrtümlich für den Eigentümer hielt, wenn er also *bona fide* handelte, scheint zweifelhaft zu sein[2]).

Es könnte allerdings dagegen geltend gemacht werden, es fehle hier an einem Grunde, die Haftung des Gläubigers zu verlangen. Denn der Grund, der dazu führe, den Gläubiger verantwortlich zu machen, wenn er weiss, dass er ein Pfand verkaufe, treffe hier nicht zu, da keine dolose Absicht vorliege. In Hinblick auf den Gläubiger also brauche man die Haftung nicht zu verlangen, durch das Interesse des Käufers aber sei es auch nicht geboten, da diesem, wie sich unten ergeben wird, andere Hilfsmittel zur Seite stehen.

Allein das Entscheidende ist, dass der Gläubiger sich für den Eigentümer ausgibt und damit die Haftpflicht für Eviction übernimmt, welcher er nun auch nachkommen muss.

Wir werden desshalb den Gläubiger für haftbar erklären müssen, so oft er die Sache als eigene verkauft hat.

---

1) S. 181 N. 19.

2) Dernburg Bd. II S. 181 scheint auch in diesem Falle Haftung anzunehmen, ebenso Bachofen S. 563, nicht aber Sintenis S. 527.

## §. 3.

Ausser den genannten Fällen, also in der Regel, ist der Pfandgläubiger von Haftung für Eviction frei; ja er ist nicht einmal verpflichtet, den Kaufpreis, den ihm der Käufer schon bezahlt hat, zurückzuerstatten,

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum l. 11 §. 16 D. cit.:

— *non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor; hoc enim multis constitutionibus effectum est* —

und unter Umständen hat er sogar das Recht, trotz erfolgter Eviction den noch nicht bezahlten Kaufpreis vom Käufer einzufordern: dann nämlich, wenn ausdrücklich vereinbart wurde, dass für Eviction nicht gehaftet werden solle. Es ist jedoch bestritten, welche Bedeutung einem solchen *pactum de non praestanda evictione* zukomme. Betrachtet man zunächst die Wirkung desselben beim gewöhnlichen Verkaufe, so zeigt sich, dass auch hier Streit ist. Die ältere Ansicht geht dahin, dass ein solches *pactum* den Verkäufer nicht von der Verbindlichkeit zur Rückgabe des Kaufpreises nach erfolgter Eviction befreie[1]); es kann also von einer Einforderung desselben noch nach der Eviction nach dieser Ansicht keinesfalls die Rede sein. Die herrschende Lehre jedoch interpretirt die hier in Betracht kommende Stelle[2]) dahin, dass der Verkäufer den Kaufpreis zu restituiren nicht verpflichtet sei[3]); es würde also consequent angenommen werden müssen, dass der Verkäufer auch berechtigt ist, denselben noch nach der Eviction einzufordern. Allein in den Quellen ist diess nirgends ausgesprochen, und da es immerhin, wenn auch die strenge Consequenz dazu führen würde, als im Widerspruch mit der *bona fides* erscheinen müsste, wenn dem Verkäufer, noch nachdem sich herausgestellt hat, dass er gar kein Recht zum Verkaufe hatte, die Befugniss zustehen würde, den Kaufpreis einzufordern, so dürfte es richtiger sein, sich für das Gegenteil zu entscheiden.

---

1) Puchta, Vorlesungen §. 362 (Bd. 2 S. 224). — Bachofen S. 561.

2) L. 11 §. 18 D. de act. empti 19, 1.

3) Windscheid Pandekten Bd. II S. 95 A. 8. — Arndts, Pandekten S. 494 A. 6. — Vangerow, Pandekten §. 610 A. 4 (Bd. 3 S. 322 ff.). — Glück XX S. 300 ff.

Anders verhält es sich bei dem Pfandverkaufe; hier wird dem verkaufenden Pfandgläubiger das Recht, den Kaufpreis noch nach erfolgter Eviction einzufordern, besonders zuerkannt. Es hängt diess mit der bevorzugten Stellung des Pfandgläubigers zusammen. Die Wirkung, die bei gewöhnlichem Verkaufe durch Vertrag hervorgerufen wird, tritt bei dem Pfandverkaufe von selbst ein; warum sollte nicht einem noch hinzukommenden Vertrage eine besondere, erhöhte Wirkung beigelegt werden dürfen? Die Parteien bekunden durch einen derartigen Vertrag die Absicht, sich gegen jede irgend mögliche Folge der Eviction sicher zu stellen. Auch scheint das Einfordern des Kaufpreises nach der Eviction, wenn es von Seite des Pfandgläubigers geschieht, weniger im Widerspruch mit der *bona fides* zu sein, als wenn von Seite eines anderen Verkäufers dieses Verlangen gestellt wird. Die Stelle, welche dem Pfandgläubiger dieses Recht einräumt, ist

Papinianus libro undecimo responsorum l. 68 pr. D. de evict. et duplae stip. 21, 2:

> *Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat.*

Die Bestimmung dieser *lex* wurde von manchen als allgemein für den Pfandgläubiger geltend aufgefasst. Cujacius hielt die Vereinbarung für überflüssig und bedeutungslos und Hildebrand[1]) betrachtet dieselbe als Hervorhebung eines ohnehin stillschweigend in dem Geschäfte enthaltenen Rechtssatzes, welche an dem Wesen und der Wirkung eines Rechtsgeschäftes nichts ändern könne. Die Folgen der Eviction könnten also keine anderen sein, wenn Nichthaftung verabredet, als wenn keine Verabredung getroffen war; denn beim Pfandverkauf verstehe sich Nichthaftung von selbst.

---

1) Hildebrand, Dissertatio de evictione pignoris praestanda II §. IX: — *quamvis citatam l. 68 fortean quis restringere praesumeret ad casum pacti interpositi, ne omnino evictio praestetur. Attamen id vix adplaudente analogia juris accideret: cum secundum eam, expressio illius, quod tacite inest, non irritet naturam negotii vel actum non reddat conditionalem.*

Allein der klare Wortlaut der Stelle ist gegen diese Auffassung. Zudem werden auch anderweitig öfter an die ausdrückliche Hervorhebung von selbst eintretender Rechtswirkungen besondere Folgen geknüpft, und wäre es unerklärlich, warum Papinian den Fall der Vereinbarung besonders nennen würde, wenn er die für diesen Fall ausgesprochene Folge allgemein gelten lassen wollte.

Dernburg[1]) behauptet, der Pfandgläubiger könne den Kaufpreis in der Regel nicht mehr einfordern, auch nicht, wenn ein *pactum de non praestanda evictione* geschlossen sei. Nur wenn Novation des Anspruches in Mitte liege, könne er trotz der Eviction den Kaufpreis fordern. Zu dieser Ansicht gelangt Dernburg, indem er glaubt, alles Gewicht darauf legen zu müssen, dass die Stelle nur von einem Falle spreche, in welchem der Anspruch auf den Kaufpreis nachträglich, jedoch bereits vor der Eviction novirt war. Der Zusatz „*sed venditori caverit*“ sei nicht bedeutungslos, sondern das eigentliche Lebenselement der Stelle.

Gegen diese Erklärung muss jedoch erwidert werden, dass sie nicht mit der am Anfange der Stelle von Papinian vorgetragenen Voraussetzung eines besonderen Pactums übereinstimme. Nach dieser Erklärung könnte der Kaufpreis auch eingefordert werden, wenn kein *pactum de non praestanda evictione* geschlossen wäre. Da Novation der Zahlung gleich ist, so ist die Forderung aus dem Kaufgeschäfte getilgt, es wird jetzt nur mehr aus dem Novationsvertrage geschuldet, der Käufer muss daher in solchem Falle immer, ohne dass auf eine Verabredung der Nichthaftung etwas ankommen könnte, bezahlen. Der Jurist hebt aber den Abschluss einer solchen Vereinbarung hervor und will offenbar für diesen Fall etwas Besonderes statuiren. Dernburg macht allerdings geltend, es sei nicht einzusehen, warum, wenn es recht sei, dass der Creditor, welcher ausdrücklich ohne Evictionsgarantie verkaufte, den Kaufpreis fordere, diess unrecht sein sollte, wenn er die Garantie nur stillschweigend abgelehnt hat. Allein damit ist der Ausspruch der Stelle nur getadelt, nicht aber beseitigt. Es bleibt unerklärt, warum der Jurist, wenn er jenes Recht jedem Pfandgläubiger hätte

1) Bd. II S. 187 ff.

gewähren wollen, nicht auch allgemein gesprochen hätte. Ferner wäre, wenn auf den Satz „*sed renditori caverit*“ das Hauptgewicht zu legen wäre, in der Stelle nur ausgedrückt, dass Novation die frühere Forderung aufhebe, und liesse sich nicht einsehen, warum Papinian diess in Verbindung mit dem Falle eines Pfandverkaufes mit nachgefolgter Eviction des verkauften Pfandes ausgesprochen hätte. Will man hierauf erwidern, es habe Papinian damit ausdrücken wollen, was anderweitig mit der Verweigerung der Rückforderung des Kaufpreises ausgesprochen ist, da eine Weigerung, den Anspruch aus dem Novationsvertrage zu erfüllen, der Rückforderung des Kaufpreises gleichkomme, so muss wiederholt darauf hingewiesen werden, dass diess ebenso gelten würde ohne besondere Vereinbarung der Nichthaftung, dass aber Papinian nur von einer solchen Vereinbarung spricht.

Es dürfte demnach der Ansicht der meisten Schriftsteller[1]) zu folgen sein, nach welcher der Verkäufer, wenn er bei Abschluss des Verkaufes die Haftung für Eviction ausdrücklich abgelehnt hat, berechtigt ist, den Kaufpreis trotz erfolgter Eviction einzufordern.

## §. 4.

Die Stellung des verkaufenden Pfandgläubigers unterscheidet sich also in folgender Weise von der eines anderen Verkäufers:

Der Pfandgläubiger ist in der Regel von Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache befreit; daraus folgt, dass er auch den Kaufpreis nicht zurückzuerstatten braucht. Wenn ferner Nichthaftung besonders verabredet war, so hat er sogar das Recht, den noch nicht bezahlten Kaufpreis einzufordern.

Man hat vielfach nach dem Grunde dieser Bevorzugung gefragt. Es möchte scheinen, als sei dieselbe mit Rücksicht auf die *bona fides* des Pfandgläubigers gerechtfertigt. Allein diese kann nicht der Grund sein, sonst müsste jeder Verkäufer, wenn er *bona fide* verkaufte, von Haftung befreit sein. Ebensowenig kann der Grund in der

1) Bachofen S. 565 und 566. — Sintenis S. 526 A. 1. — Windscheid §. 237 A. 22.

Notlage erblickt werden, in der sich der Pfandgläubiger befindet, indem er sich gezwungen sieht, zu verkaufen, wenn er für seine Forderung Befriedigung erlangen will. Von Dernburg wird geltend gemacht, jeder andere Verkäufer müsse, da er aus freien Stücken verkaufe, sich vor dem Verkaufe vergewissern, ob er auch dazu berechtigt sei, vom Pfandgläubiger dagegen könne diess nicht verlangt werden, da er notgedrungen verkaufe[1]). Jedoch Not befreit nicht von rechtlichen Verbindlichkeiten. Ausserdem kann möglicherweise ein anderer Verkäufer gleich dringende, vielleicht noch dringendere Gründe zum Verkaufe einer Sache haben, er ist desshalb doch nicht von Haftung frei. Die Notlage des Pfandgläubigers besteht ja auch nur darin, dass er eben, wenn er nicht verkauft, Schaden leidet. Das Gleiche wird bei anderen Verkäufern oft der Fall sein. Von einer rechtlichen Notwendigkeit, zu verkaufen, wie eine solche in der von Dernburg als Argument aufgeführten, von Ulpian herrührenden l. 49 D. fam. ercisc. 10, 2[2]) vorliegt, kann beim Pfandgläubiger doch nicht die Rede sein.

Wenn man ferner angeführt hat, der Pfandgläubiger sei desshalb nicht zur Evictionsleistung verpflichtet, weil er nur seine Rechte zu cediren habe, so ist damit keine Lösung der Frage gegeben, da doch wieder unbeantwortet bleibt, warum er eben nur seine Rechte zu cediren brauche und nicht zu mehr verpflichtet sei.

Bachofen[3]) findet in der Parteienübereinkunft den Grund. Es würde also nach der Ansicht Bachofens beim Pfandverkaufe eine derartige Vereinbarung vermutet werden müssen. Eine Präsumption des auf Nichthaftung gerichteten Parteiwillens würde sich aber nur auf Seite des Pfandgläubigers, nicht auch auf Seite des Käufers rechtfertigen.

Die Mehrzahl der Schriftsteller endlich, namentlich der älteren, betrachtet den verkaufenden Pfandgläubiger als Vertreter des Ver-

---

1) Dernburg Bd. II S. 176 und 177.

2) Ulpianus libro secundo disputationum l. 49 D. 10, 2:
*Et mihi videtur, non debuisse: hi enim demum ad dupplae cautionem compelluntur, qui sponte sua distrahunt: ceterum si officio distrahentis fungitur, non debet adstringi.*

3) S. 563.

pfänders und gewinnt hieraus die Erklärung. Allein diese Ansicht ist neuerdings, namentlich von Dernburg[1]), gründlich widerlegt und lässt sich nicht aufrecht erhalten.

Man suchte auf diese Weise nach einem einzelnen, fassbaren Grunde zur Rechtfertigung eines Rechtssatzes, dessen innere Berechtigung alle fühlten. Keiner der hervorgehobenen Gründe aber dürfte eine vollständig befriedigende Lösung geben. Es dürfte vielmehr die ganze Lage des Pfandgläubigers sein, welche jenen Rechtssatz rechtfertigt. Der Pfandgläubiger befindet sich in einer eigentümlichen Zwischenstellung; er hat ein abgeleitetes, von dem Bestehen des Rechtes des Verpfänders abhängiges Recht; was ist natürlicher, als dass er auch für dasselbe nur einstehen muss unter der Voraussetzung, dass sein Autor, der Verpfänder, berechtigt war.

Der ursprüngliche und eigentliche der Haftpflicht des Verkäufers für Eviction zu Grunde liegende Gedanke ist der, dass jeder, der auf Grund eines behaupteten Rechtes über eine Sache verfügt, für sein Recht auch einstehen müsse. Der Verkäufer, der sich für den Eigentümer der Sache ausgibt, müsste an sich also auch für das Bestehen seines Eigentumsrechtes einstehen; dass er nur für das *habere licere* haftet, ist eine Minderung der Haftpflicht, die man ihm desshalb zugestehen konnte, weil es für den Käufer lediglich darauf ankömmt, die Sache behalten zu dürfen.

Wendet man jenen Grundgedanken auf den Pfandgläubiger an, so ergibt sich ein anderes Resultat. Dieser erklärt nur, kraft eines ihm von einem Dritten eingeräumten Rechtes zum Verkaufe berechtigt zu sein, muss also auch nur dafür einstehen, dass er berechtigt ist unter der Voraussetzung, dass jener es war, haftet aber nicht auch für die Berechtigung des Dritten.

Der Grund der Bevorzugung des Pfandgläubigers muss also in seiner besonderen Stellung erblickt werden. Er erscheint zwar nicht als Vertreter des Verpfänders, es lag aber sehr nahe, Vertretung anzunehmen. Denn er verfügt über Rechte eines Dritten mit dessen Einwilligung, die derselbe durch die Verpfändung kund gegeben hat, wenn er auch vielleicht zum Verkaufe selbst nicht

1) Bd. II S. 175.

einwilligt. Er bindet durch den Verkauf den Verpfänder; dieser hatte bis jetzt Eigentum, konnte durch Bezahlung der Schuld das Pfand jeden Augenblick in seinen Besitz zurückrufen; vom Momente des Verkaufes mit erfolgter Tradition an verliert er diese Rechte. Der Pfandgläubiger verkauft sogar auf Rechnung des Verpfänders; denn dessen Schuld ist es, die mit dem Kaufpreise getilgt wird.

## §. 5.

Mit dem Grunde der Befreiung des Gläubigers ergibt sich zugleich, wer die Haftung zu übernehmen habe. Natürlich erscheint der Verpfänder als der Verantwortliche. So sehr es der Billigkeit entspricht, den Gläubiger von der Haftpflicht zu befreien, so unvereinbar wäre es mit derselben, dem Käufer desshalb den Schaden aufzubürden. Die römischen Juristen erkannten daher auch die Notwendigkeit, den Verpfänder zur Verantwortung zu ziehen[1]), betraten jedoch, um diess zu erreichen, verschiedene Wege. Tryphonin und Hermogenian gewährten dem Käufer eine *utilis actio* direct gegen den Verpfänder. Ersterer spricht diess aus libro octavo disputationum l. 12 §. 1 D. de distract. pignorum et hyp. 20, 5:

*Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium, quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione ejus redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat.*

Hermogenian. libro secundo juris epitomarum l. 74 §. 1 D. de evict. et duplae stip. 21, 2:

---

1) Vgl. l. 13 Cod. de evict. 8, 45: — *etsi evictio eorum ab alio subsecuta fuisset, adversus eos debuisse dari actionem, quibus pretii solutio proficit, rectissime rescriptum est.*

*Si jussu judicis rei judicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex empto contra eum, qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dantaxat ejusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non habeat necesse* —

spricht zwar nur vom *pignus in causa judicati captum*, jedoch wird die Stelle von den meisten Schriftstellern auch auf die Fälle des Verkaufes eines gewöhnlichen Pfandes bezogen[1]).

Einen ganz anderen Weg als die beiden genannten Juristen schlägt Ulpian ein. Er gelangt erst auf einem Umwege zum Ziele, indem er den Pfandgläubiger selbst in beschränktem Masse haftbar macht.

Ulpianus libro secundo disputationum l. 38 D. de evict. et duplae stip. 21, 2:

*In creditore, qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pignoraticiam actionem. et magis est, ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem quod sine dispendio creditoris futurum est?*

## §. 6.

Was nun zunächst die von Tryphonin in l. 12 §. 1 D. cit. gewährte Klage anlangt, so sind die Ansichten der Schriftsteller darüber geteilt, welche Klage unter der *actio utilis* zu denken sei.

Die einen glauben, man müsse unterscheiden, je nachdem der Käufer oder der Eigentümer der Sache klage; die anderen sind der Meinung, die Klage sei in beiden Fällen die gleiche. Bachofen[2]) hält sie für die *actio empti*, sobald der Käufer klagt, für eine *condictio utilis*, sobald der Eigentümer klagt. Dernburg dagegen betrachtet die Klage in beiden Fällen als *negotiorum gestorum contraria actio*[3]). Windscheid in seiner neuesten Abhandlung[4]):

1) S. Gesterding S. 197 A. 10.
2) S. 585 A. 2.
3) Dernburg Bd. II S. 195 und 196.
4) Inzwischen ist erschienen: „Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer

„Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung", Leipzig 1878, hat zunächst die Klage des Eigentümers im Auge, ist aber der Ansicht, dass Tryphonin für beide Fälle die gleiche Klage gedacht habe[1]). Er erwähnt die Meinung Witte's, welcher die Klage als *rei vindicatio*[2]) und die Zimmermanns[3]), welcher dieselbe als *negotiorum gestorum actio* auffasse, und entscheidet sich für letztere und zwar für die *actio negotiorum gestorum directa*. Gegen die Ansicht Witte's führt Windscheid unter anderem an, dass die Stelle die *utilis actio* nicht bloss dem Eigentümer, sondern auch dem Käufer gewährt, dem letzteren aber ganz gewiss keine *rei vindicatio* zusteht.

Nachdem er nun die *rei vindicatio* verwirft, kommt er zu dem Schlusse, es bleibe nichts mehr übrig, als sie als *negotiorum gestorum actio* zu betrachten. Gegen die Auffassung als *negotiorum gestorum contraria* spreche der Umstand, dass nach derselben die Klage des Käufers gegen den Verpfänder das Principale sei und die Klage des Eigentümers gegen den Verpfänder in gedankenmässiger Abhängigkeit von ihr stehe, während der Verfasser offenbar beide Klagen auf gleiche Linie stelle. Ferner befreie zwar der Eigentümer durch seinen Verzicht auf die Eviction den Verpfänder von einer Verpflichtung, doch stehe diese Bedeutung eines Verzichtes nicht in erster Linie. Der Eigentümer verzichte auf die Eviction durch Genehmigung des über seine Sache geschlossenen Geschäfts dadurch, dass er das Geschäft als ein von ihm abgeschlossenes sich aneigne; damit sei aber der Gesichtspunkt der *actio negotiorum gestorum directa* gegeben. Dieser gibt Windscheid den Vorzug.

Was nun die Auffassung der Klage als *rei vindicatio* betrifft, so dürfte dieselbe aus den von Windscheid angeführten Gründen nicht haltbar sein. Der oben genannte Grund aber, den Wind-

---

fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben?" von R. v. Ihering, in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes, mir jedoch erst nach Abschluss meiner Arbeit zugekommen.

1) Windscheid a. a. O. S. 8 ff.

2) Witte äussert sich über die Stelle in „Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts" S. 330.

3) Dieser „Aechte und unächte *negotiorum gestio*" S. 52.

scheid gegen dieselbe geltend macht, dürfte auch gegen die von ihm verteidigte Annahme einer *actio negotiorum gestorum directa* sprechen; denn wenn die Klage für Eigentümer und Käufer dieselbe ist, so kann sie ebenso wenig die *actio negotiorum gestorum directa* als die *rei vindicatio* sein; es ist wenigsens nicht einzusehen, wie die Klage für den Käufer als *negotiorum gestorum directa* zu construiren ist.

Dass die Klage wirklich, sowohl wenn der Eigentümer als wenn der Käufer klagt, die gleiche ist, geht offenbar aus den Worten Tryphonins hervor: denn Tryphonin unterscheidet nicht, sondern behandelt beide Fälle mit einander. Daraus folgt, dass die Klage die *actio negotiorum gestorum contraria* ist, wie Dernburg behauptet; denn nur diese passt auf beide Fälle. Es ist zwar auch hier die Begründung der Klagen eine verschiedene: der Eigentümer stützt die Klage auf seinen Verzicht, der Käufer auf Zahlung des Kaufpreises und dadurch bewirkte Tilgung der Schuld; allein der einheitliche Gesichtspunkt ist doch die *negotiorum gestio*, die sich in beiden Fällen auf Befreiung des Verpfänders von einer Verbindlichkeit gründet. Die von Windscheid gegen die Annahme dieser Klage angeführten Gründe müssen hiegegen, dass diese Klage die einzige auf beide Fälle passende ist, zurücktreten, zumal da denselben eine zwingende Beweiskraft doch nicht zugemessen werden kann; denn es wäre noch die Frage zu beantworten, ob es denn wirklich sicher ist, dass Tryphonin beide Klagen auf gleiche Linie stellen wollte und nicht die Klage des Käufers als das Principale betrachtet habe. Jedenfalls ist der Fall, dass der Käufer klagt, der näher liegende und häufigere, und vielleicht hatte Tryphonin auch hauptsächlich diesen im Auge, was aus der Motivirung „*ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat*" geschlossen werden könnte; diese passt ja nur für den Käufer, nicht auch für den Eigentümer, da dieser, solange ihm die Evictionsmöglichkeit offen steht, noch keinen Verlust erlitten hat[1]). Als das Gewöhnliche dachte sich wohl Tryphonin, dass der Eigentümer von seinem Rechte der Eviction Gebrauch mache, doch wollte er ihm nebenher, wenn ihm an dem Besitze der Sache nicht lag, die Möglichkeit

1) Windscheid a. a. O. S. 8 Anm.

gewähren, sich auf andere Weise schadlos zu halten und zwar durch ein Mittel, welches jedenfalls Vereinfachung herbeiführen, vielleicht aber sogar dem Verpfänder Erleichterung bringen konnte; denn das Interesse des Eigentümers, das ihm durch den Verzicht auf die Eviction erwachsen ist und das er mit der *actio negotiorum gestorum contraria* geltend macht, kann möglicherweise geringer sein als das Interesse des Käufers, dass er die Sache behalte, für welches der Verpfänder im Falle der Eviction aufkommen müsste.

Was ferner den letzten von Windscheid gegen die Annahme der *actio negotiorum gestorum contraria* angeführten Grund anlangt, so dürfte der Umstand, dass in dem Verzichte des Eigentümers eine Genehmigung des über seine Sache abgeschlossenen Geschäftes liegt, nicht als so wesentlich erscheinen, dass dadurch der Gesichtspunkt der *actio negotiorum gestorum contraria* gegen den der *actio negotiorum gestorum directa* zurücktreten müsste. Der Verzicht ist allerdings nicht denkbar ohne stillschweigende Genehmigung, der rechtsbegründende Act kann aber ebensowohl in dem Verzichte als in der Genehmigung erblickt werden.

Es dürfte demnach der Annahme der *actio negotiorum gestorum contraria* der Vorzug zu geben sein. Dieser steht nicht entgegen, dass der Käufer bei Bezahlung des Kaufpreises lediglich in seinem eigenen Interesse zu handeln Willens war[1]). Es wird zwar, damit von einer wahren *negotiorum gestio* die Rede sein könne, der *animus negotia aliena gerendi* vorhanden sein müssen[2]) und wird derselbe wenigstens zur Begründung einer *actio negotiorum gestorum contraria* immer gefordert[3]), wenn auch von den meisten Schriftstellern die *actio negotiorum gestrorum directa* ohne das Vorhandensein desselben gewährt wird[4]). Allein wenn derjenige, in dessen Angelegenheiten thatsächlich, wenn auch unabsichtlich, eingegriffen wurde, durch diese Thätigkeit von einer Verbindlichkeit befreit ist,

1) Vgl. Windscheid a. a. O. S. 9.

2) Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 7 ff.

3) Gestützt auf l. 14 §. 1, l. 29 D. comm. divid. 10, 3; l. 33 D. de cond. indeb. 12, 6; l. 14 D. de doli mali et met except. 44, 4. Vgl. Vangerow, Pandekten §. 664 Anm. sub II, 1, a.

4) L. 48 (49) D. de neg. gest. 3, 5.

so findet eine Ausnahme statt, es wird hier gleichwohl *actio negotiorum gestorum contraria* gewährt. Diess bezeugt

Africanus libro octavo quaestionum l. 48 (49) D. de neg. gest. 3, 5[1]:

*Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum heredidatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.*

Für solche Fälle würde also der *actio negotiorum gestorum contraria* eine grössere Ausdehnung gegeben, und erscheint die Klage als eine *utilis actio negotiorum gestorum contraria* materiell nicht verschieden von der *condictio sine caussa*. Sie ist eine Bereicherungsklage in der Form der *negotiorum gestorum contraria*[2]).

Ulpianus libro decimo ad edictum l. 5 (6) §. 5 (3) D. de neg. gest. 3, 5:

*Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri caussa, Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse — —: sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione, ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.*

## §. 7.

Mit dieser Klage kann der Käufer vom Verpfänder den Kaufpreis zurückerhalten, nicht aber das weiter reichende Interesse, das ihm durch die Eviction erwachsen ist. Ob er auch Zinsen aus der Summe des Kaufpreises verlangen kann, wird davon abhängen, ob die Pfandschuld verzinslich war oder nicht. Wäre die Klage eine wahre *actio negotiorum gestorum contraria*, so müsste sie auf Ersatz des ganzen Aufwandes des Käufers gerichtet sein,

1) Ausserdem l. 50 §. 1 D. eod.; l. 14 §. 11 und l. 32 pr. D. de religiosis 11, 7. Vgl. Dernburg Bd. II S. 192.

2) Zimmermann a. a. O. S. 42 (§. 6 A. 59). — Windscheid, Pandekten §. 431 N. 18. — Vgl. Witte a. a. O. § 4 (S. 23 f.) und Puchta, Vorlesungen Bd. II S. 192.

der Käufer könnte also immer auch Zinsen aus dem Kaufpreise fordern; da sie sich aber als Bereicherungsklage darstellt, so kann nur die Bereicherung des Verpfänders für ihren Umfang massgebend sein. Der Käufer wird daher, da der Verpfänder nur durch die Tilgung der Schuld bereichert, diese aber durch den Kaufpreis getilgt ist, nur Ersatz des Kaufpreises fordern können und nur, wenn die Pfandschuld verzinslich war, da dann der Verpfänder von Zahlung der Zinsen befreit, also auch um diese bereichert ist, auch Ersatz der Zinsen aus dem Kaufpreise. Etwaige in der Zeit von dem Erwerbe an bis zur Eviction der Pfandsache gezogene Früchte wird er sich in Anrechnung bringen lassen müssen.

Es wäre sogar denkbar, dass der Käufer mit dieser Klage nur weniger als den Betrag des Kaufpreises erhalten könnte, dann nämlich, wenn der Kaufpreis höher ist als die Pfandschuld, da ja die Klage nur reicht, soweit der Verpfänder auf Kosten des Käufers liberirt ist. Allein es lässt sich hier bezüglich des Mehrbetrages die *actio negotiorum gestorum contraria* von einem anderen Gesichtspunkte aus begründen. Der Gläubiger kommt in diesem Fall in den Besitz einer *hyperocha;* entweder er gibt sie dem Verpfänder hinaus, dann ist dieser um die *hyperocha* bereichert und dem Käufer, der ihm durch Bezahlung des Kaufpreises zu derselben verholfen hat, zur Herausgabe verpflichtet; oder der Gläubiger behält sie, dann hat der Verpfänder den Anspruch auf Herausgabe, den er mit der *actio pigneraticia directa* geltend machen kann; er ist also auf Kosten des Käufers um diesen Anspruch bereichert und somit zur Cession desselben, also zur Cession der *actio pigneraticia directa* verpflichtet. Hier tritt der anomale Charakter der *negotiorum gestorum actio* besonders hervor. Das selbst, was dem Geschäftsherrn durch die Geschäftsführung verschafft wurde, wird ihm wieder abverlangt. Es rechtfertigt sich jedoch dieses scheinbar unbillige Verlangen, wenn man erwägt, dass es für den Geschäftsherrn viel härter wäre, in diesem Falle die Auslagen des Käufers ersetzen zu müssen, während er damit nicht beschwert ist, wenn er lediglich herausgeben muss, was ihm ohne Grund zugekommen ist.

Der Käufer ist somit in der Lage, mit der von Tryphonin gewährten *actio negotiorum gestorum contraria* den ganzen Kaufpreis

zu erhalten und zwar entweder ganz vom Verpfänder oder, wenn der Gläubiger eine *hyperocha* in Händen hat, den dieser gleichkommenden Betrag vom Gläubiger.

Dass dem Verpfänder die *actio pigneraticia directa* trotz Ungiltigkeit des Pfandrechtes zusteht, ist unzweifelhaft, denn Ungiltigkeit des Pfandrechtes bewirkt nicht auch Ungiltigkeit des Pfandvertrages, daher bleiben auch die aus demselben hervorgehenden Klagen bestehen; die *actio pigneraticia directa* ist aber auf Herausgabe der *hyperocha* gerichtet. In den Quellen ist ferner bezeugt, dass der Verpfänder einer fremden Sache, wenn er die Schuld bezahlt hat, noch die Klage aus dem Pfandvertrage hat:

Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum l. 9 §. 4 D. de pignerat. act. 13, 7:

*Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneraticia experiri.*

Warum sollte er dann nicht auch, wenn die Schuld durch Verkauf des Pfandes getilgt ist, den Ueberschuss des Kaufpreises einfordern können?

Aus dem Angeführten ergibt sich, dass die aus der Annahme einer *actio negotiorum gestorum contraria* hervorgehenden Consequenzen vollkommen übereinstimmen mit der Absicht Tryphonins. Denn Tryphonin selbst wollte offenbar seine *utilis actio* auf Kaufpreis und Zinsen beschränken; diess erhellt aus den Worten:

*„ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat“*,

womit ausgedrückt ist, dass vom Verpfänder nur die Bereicherung verlangt werden könne.

Für besondere Fälle ergeben sich noch folgende Consequenzen aus der Annahme einer *actio negotiorum gestorum contraria:*

War nämlich bei Verkauf der Pfandsache die Pfandforderung bereits getilgt, so kann der Käufer mit dieser Klage Abtretung der *actio pigneraticia directa*, eventuell Herausgabe des mit dieser bereits erhaltenen Erlöses aus der verkauften Pfandsache vom Verpfänder fordern. Dem Verpfänder steht ja, wenn die Schuld getilgt ist, auch wenn die verpfändete Sache eine fremde war[1]), *actio pigne-*

1) L. 9 §. 4 D., l. 22 §. 2 D de pignerat. act. 13, 7.

*raticia directa* zu, welche auf Herausgabe der Pfandsache gerichtet ist[1]). Da nun in diesem Falle die Herausgabe unmöglich ist, weil verkauft und evincirt ist, so müsste der Gläubiger an sich, weil er seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen kann, das Interesse leisten, d. h. er müsste dem Verpfänder den Wert ersetzen, den die Rückerlangung der Sache für ihn hat. Diese Verpflichtung wird aber hier darauf einzuschränken sein, dass er nur zu leisten braucht, was er an Stelle der Pfandsache in Händen hat, da eine Mehrforderung von Seite des Verpfänders, nachdem sich gezeigt hat, dass er nicht Eigentümer und zur Verpfändung nicht berechtigt war, dolos erscheinen müsste, zumal da ja ohne den Verkauf dem Gläubiger oder dem Verpfänder selbst evincirt worden wäre, in welchem Fall der Verpfänder gar nichts erhalten würde. Die Klage ist also hier auf Herausgabe des Kaufpreises gerichtet. Dass nun der Verpfänder wenigstens diesen erhält, diess verdankt er dem Käufer; denn wenn dieser nicht gekauft hätte, so wäre dem Gläubiger oder dem Verpfänder selbst evincirt worden; im ersteren Falle wäre also die *actio pigneraticia* erfolglos; dass diess nicht der Fall ist, ist auf Kosten des Käufers geschehen; diesem entsteht hieraus die *actio negotiorum gestorum contraria* auf Cession der *actio pigneraticia directa.*

War ferner im Zeitpunkte des Verkaufes die Pfandforderung zwar nicht getilgt, stand ihr aber eine compensable Gegenforderung gegenüber, so übt auch diess im Falle der Eviction Einfluss auf die Klage des Käufers aus. Die Beantwortung der Frage jedoch, welche Bedeutung der Entstehung einer solchen Gegenforderung in Bezug auf den vorliegenden Fall zukömmt, hängt davon ab, welche Wirkung man der Entstehung einer Gegenforderung überhaupt gegenüber der Hauptforderung zuerkennt.

Diess ist bekanntlich sehr bestritten. Die älteste Ansicht geht dahin, dass Forderung und Gegenforderung von bestimmten Eigenschaften lediglich durch die Thatsache ihrer Coexistenz gegenseitig aufgehoben werden.

1) §. 4 J. quib. mod. re contrah. obl. 3, 14; l. 40 §. 2 D. de pignerat. act. 13, 7; l. 11 und l. 12 Cod. de pignerat. act. 4, 24; l. 3 Cod. de luit. pignoris 8, 31.

Die dieser Theorie gerade gegenüberstehende Theorie leugnet dagegen jede Wirkung der blossen Thatsache der Coexistenz und schreibt lediglich der Willenserklärung der Parteien Wirkung zu. Einer Mittelmeinung zufolge tritt Compensation zwar nur mit Willen der Parteien ein, aber dann, wenn sie eintritt, tritt sie mit der Wirkung ein, als ob beide Forderungen vom Momente ihrer Coexistenz an aufgehoben worden wären.

Diese bis in die jüngste Zeit herrschende Lehre wurde gründlich widerlegt von Brinz[1]), welcher[2]) nach seiner neueren Auffassung nicht Aufhebung der beiden einander gegenüberstehenden Forderungen, sondern nur Befreiung des Schuldners annimmt. Mit dieser Theorie Brinz's stimmt im wesentlichen überein die Auffassung Windscheids. Auch nach Windscheid[3]) heben sich die beiden Forderungen nicht auf, aber sie sind doch auch nicht ohne Wirkung gegen einander; es ist nämlich jedes der Forderungsrechte von dem Augenblicke der Coexistenz an mit einer Einrede behaftet, wodurch die Wirksamkeit gehemmt ist.

Soll, um in der hier in Betracht kommenden Frage Stellung nehmen zu können, unter den verschiedenen Theorieen gewählt werden, so muss der Theorie Windscheids der Vorzug gegeben werden. Diese entspricht am meisten den Quellen. So sehr für die Richtigkeit der ersten der genannten Theorieen eine Anzahl von Quellenstellen[4]) zu sprechen scheinen, so lässt sich dieselbe doch wegen der entgegenstehenden Stellen[5]), die die Annahme einer gegenseitigen, von selbst eintretenden Tilgung entschieden ausschliessen, nicht aufrecht erhalten. Auch entspricht diese Theorie nicht der Anschauung im praktischen Leben.

Was ferner die dieser Theorie gegenüberstehende Theorie anlangt, so kann dieselbe ihrerseits mit denjenigen Stellen nicht ver-

1) Brinz, Die Lehre von der Compensation §. 4 ff.

2) Brinz, Lehrbuch der Pandekten (§. 149).

3) Windscheid, Pandekten § 349.

4) L. 4, l. 14 Cod. de compensationibus 4, 31; l. 4, l. 10, l. 21 D. de evictionibus 21, 2; §. 30 J. de actionibus 4, 6.

5) Namentlich l. 7 §. 1 D. de compensationibus 16, 2. Ferner l. 2, l. 5, l. 9 §. 1, l. 10 §. 1 und §. 2 D. eod. und l. 1 §. 4 D. de contraria tut. et ut act. 27, 4.

einbart werden, auf welche sich die erstgenannte stützt. Namentlich erscheinen die Erklärungen von „*ipso jure*", zu welchen die Vertreter dieser und alle Angreifer der vorerwähnten Theorie ihre Zuflucht nehmen müssen, nicht befriedigend. Auch scheint bei unbefangener Betrachtung der Quellen nicht geleugnet werden zu können, dass die römischen Juristen der Coexistenz der Forderungen doch irgend welchen Einfluss auf den Bestand derselben zuerkannt haben.

Verwirft man also diese Theorieen, so kann man sich nur zu den einen Mittelweg einschlagenden wenden. Unter diesen scheint vor allen die oben erwähnte Puchta'sche, wie von mehreren Schriftstellern dargelegt wird[1]), an innerem Widerspruch zu leiden, überdiess aber auch keinen Anhalt in den Quellen zu finden. Es dürfte daher gerechtfertigt sein, sich der Theorie Windscheids anzuschliessen, so sehr dieselbe neuerdings angefochten ist von Eisele „Die Compensation nach römischen und gemeinem Recht"[2]). Diese scheint den Aussprüchen der Quellen am meisten zu entsprechen.

Folgen wir dieser, so ergibt sich folgendes Resultat:

Wenn die Pfandforderung durch die vor dem Verkaufe des Pfandes entstandene Gegenforderung zwar nicht aufgehoben, aber in ihrer Wirksamkeit durch eine Einrede gehemmt ist, welche dem Pfandgläubiger die Geltendmachung unmöglich macht, so kann sie allerdings, da sie noch existent ist, durch Bezahlung des Kaufpreises getilgt werden, aber ihre Tilgung erscheint nicht insofern als im Interesse des Verpfänders gelegen, als derselbe dadurch von einer Verbindlichkeit befreit wurde, da thatsächlich für ihn eine beschwerende Verbindlichkeit nicht mehr vorhanden war; sie scheint desshalb auch nicht geeignet zu sein, für den Käufer eine *actio negotiorum gestorum contraria* zu begründen. Allein dieser begründet nun die *negotiorum gestio* damit, er habe dem Verpfänder durch Bezahlung des Kaufpreises eine wirksame Gegenforderung verschafft; während früher die Gegenforderung durch die Pfand-

1) S. Eisele, Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht S. 217.

2) S 219 ff.

forderung gehemmt war, ist sie nun frei und klagbar geworden; der Verpfänder ist also auf Kosten des Käufers um diese Gegenforderung bereichert und in Folge dessen zur Herausgabe der Bereicherung, also zur Cession der Gegenforderung an den Käufer verpflichtet.

Die Forderung des Käufers auf diesem Wege ist aber in zweifacher Richtung beschränkt.

Einerseits kann er auf diesem Wege keinesfalls mehr erhalten als die Gegenforderung beträgt, denn diese ist es ja, die er als Cessionar geltend macht, anderseits aber auch nicht mehr als die Pfandforderung beträgt, weil die Gegenforderung nur in der Höhe der Pfandforderung gehemmt ist, also auch ihre Befreiung und die dadurch bewirkte Bereicherung sich über die Höhe derselben nicht erstrecken kann. Ist also der Kaufpreis höher als die Gegenforderung oder Pfandforderung, so kann der Käufer auf diesem Wege den Mehrbetrag nicht erlangen, wohl aber auf andere Weise.

Im ersteren Fall nämlich, wenn der Kaufpreis höher ist als die Gegenforderung, erhält er, vorausgesetzt dass derselbe nicht auch höher ist als die Pfandforderung, den Mehrbetrag direct mit der *actio negotiorum gestorum contraria* vom Verpfänder. Die *actio negotiorum gestorum contraria* richtet sich also in solchem Falle auf Cession der Gegenforderung und auf unmittelbare Bezahlung des Mehrbetrages des Kaufpreises. Ist z. B. der Kaufpreis 100, die Gegenforderung 50, die Pfandforderung 100, so erhält der Käufer 50 direct vom Verpfänder und 50 mit der cedirten Gegenforderungsklage vom Pfandgläubiger.

Ist aber der Kaufpreis höher als die Pfandforderung, so erhält der Käufer, vorausgesetzt dass die Gegenforderung nicht geringer ist als die Pfandforderung, denselben bis zur Höhe der Pfandforderung mit der Klage aus der cedirten Gegenforderung.

Die sich ergebende *hypercocha* erhält er, wie oben erörtert, mit der cedirten *actio pigneraticia directa*. Ist also der Kaufpreis z. B. 100, die Gegenforderung 100, die Pfandforderung 50, so erhält der Käufer den ganzen Kaufpreis mit 100 vom Gläubiger und zwar 50 mit der cedirten Gegenforderungsklage und 50 mit der cedirten *actio pigneraticia directa*.

Diess sind die Ergebnisse, welche aus der Annahme der Theorie Windscheids folgen. Es sollen aber auch die Consequenzen aus den übrigen Theorieen für den vorliegenden Fall gezogen werden. Nach der ältesten Theorie ist der Fall der Entstehung einer Gegenforderung vor dem Verkaufe des Pfandes gleich dem oben erörterten, wenn erst nach vorheriger Tilgung der Schuld verkauft wird; denn nach ihr sind ja die Forderungen vom Momente ihres gleichzeitigen Bestehens an aufgehoben.

Nach der entgegenstehenden Theorie würde die Entstehung einer Gegenforderung ganz bedeutungslos sein. Wenn Forderung und Gegenforderung unbeeinflusst fortbestehen und Compensation erst durch Aufrechnung bewirkt wird, so konnte der Gläubiger ohne Rücksicht auf die Gegenforderung durch Verkauf des Pfandes sich bezahlt machen und im Falle des Eintrittes der Eviction erscheint der Käufer wie immer als *negotiorum gestor*.

Zu gleichem Ergebniss würden die vermittelnden Theorieen führen, welche Retrotraction annehmen; denn es ist lediglich fraglich, was entsteht, wenn verkauft wird, solange die Forderungen sich noch ohne Aufrechnung gegenüberstehen. Durch die Bezahlung des Kaufpreises wird die Schuld getilgt und in Folge dessen ist eine Aufrechnung unmöglich geworden.

Fasst man das Angeführte zusammen, so ergibt sich: Wenn der Schuldner im Zeitpunkte des Verkaufes des Pfandes eine zur Compensation geeignete Gegenforderung hatte und es wurde dem Käufer des Pfandes evincirt, so steht diesem, je nachdem man einer der verschiedenen Theorieen folgt, entweder *actio negotiorum gestorum contraria* gegen den Verpfänder auf Cession der Gegenforderung zu und, je nachdem der Kaufpreis höher war als diese oder höher war als die Pfandforderung, ausserdem auf Bezahlung des Mehrbetrages, beziehungsweise auf Cession der *actio pigneraticia directa* zur Erholung der *hyperocha*, oder aber *actio negotiorum gestorum contraria* lediglich auf Cession der *actio pigneraticia directa* zur Erholung des Erlöses aus dem Pfandverkaufe, oder endlich *actio negotiorum gestorum contraria* auf Bezahlung des Kaufpreises.

Damit die Gegenforderung in Betracht kommen könne, ist natürlich notwendig, dass sie bereits vor dem Verkaufe des Pfandes

entstanden war; denn, wenn sie erst nachher entsteht, war die Pfandforderung durch Bezahlung des Kaufpreises schon getilgt; der Klage des Käufers aber, die eine selbständige Klage ist, kann die Gegenforderung gegen den Gläubiger behufs Compensation natürlich nicht entgegengehalten werden.

## §. 8.

Bisher wurde immer von der Voraussetzung ausgegangen, dass Schuldner und Verpfänder eine und dieselbe Person seien. Es ist aber auch möglich, dass diese verschiedene Personen sind, indem jemand seine Sache für eine fremde Schuld verpfändet hat. Die Klage des Käufers im Falle der Eviction bleibt natürlich auch hier als *negotiorum gestorum contraria* gegen den Schuldner begründet, aber es treten doch in den verschiedenen oben aufgeführten Fällen Aenderungen ein. In dem oben erwähnten Falle, wenn der Kaufpreis höher ist als die Pfandforderung, richtet sich der Anspruch des Käufers, soweit Kaufpreis und Pfandforderung sich decken, gegen den Schuldner; bezüglich des Mehrbetrages muss sich der Käufer an den Verpfänder wenden, um Cession der *actio pigneraticia directa* zu erlangen.

Wenn ferner die Pfandforderung zur Zeit des Verkaufes der Pfandsache bereits getilgt war, richtet sich die Klage des Käufers ausschliesslich gegen den Verpfänder, denn diesem hat der Käufer durch Bezahlung des Kaufpreises den Anspruch auf Herausgabe des Erlöses verschafft.

In den Fällen endlich, da vor dem Verkaufe eine zur Compensation geeignete Gegenforderung entstanden ist, wird nach der hier vertretenen Ansicht der Schuldner als derjenige, der durch Befreiung der Gegenforderung Vorteil hat, haften müssen. Nach den anderen Theorieen kommt dieser Fall dem der bereits getilgten Forderung gleich oder dem, da überhaupt von Gegenforderung nicht die Rede ist.

## §. 9.

Es erübrigt noch, den von Hermogenian in l. 74 §. 1 D. cit. und den von Ulpian in l. 38 D. cit. eingeschlagenen

Weg zu betrachten. Die Frage nach der Natur der von Hermogenian gewährten Klage scheint von diesem selbst in der Stelle beantwortet zu sein. Hermogenian bezeichnet die Klage als *actio ex empto*. Die Annahme einer solchen wäre nach heutigem Rechte möglich, wenn man den Gläubiger als Vertreter des Verpfänders erachten würde; allein nach römischem Rechtsbegriffe obligirte der Vertreter zunächst sich selbst und konnte somit die Klage aus dem abgeschlossenen Geschäfte sich nur gegen ihn, nicht aber direct gegen den Vollmachtgeber richten. Es ist daher nicht einzusehen, wie sich Hermogenian die Klage als eine Kaufsklage gedacht haben konnte. Hermogenian widerlegt sich auch selbst, indem er den Umfang der Klage auf Kaufpreis und Zinsen einschränkt. Wäre dieselbe eine wirkliche Kaufsklage, so müsste sie auf Leistung des ganzen Interesses des Käufers gerichtet sein.

Die Grundlage der Klage bildet vielmehr die ungerechtfertigte Bereicherung des Verpfänders zum Schaden des Käufers; sie ist also gleich der *utilis actio* Tryphonins ihrem Wesen nach eine Bereicherungsklage. Allein auch dieser Gesichtspunkt ist von Hermogenian nicht vollkommen eingehalten, da er dem Käufer stets auch Zinsen aus dem Kaufpreise zuerkennt, während die reine Bereicherungsklage, wenn die Schuld unverzinslich war, nicht auf Zinsen gerichtet sein kann. Hiedurch unterscheidet sich die Klage Hermogenians von der Tryphonins, und erscheint dieselbe als ein abnormes Gebilde, von Hermogenian dem Bedürfniss entsprechend gestaltet.

## §. 10.

Was endlich l. 38 D. cit. anlangt, so bereitete diese Stelle den Interpreten grosse Schwierigkeit, und in der That scheint sie auf den ersten Blick nicht erklärlich. Ulpian findet das Mittel, den Verpfänder zur Verantwortung zu ziehen, darin, dass er verlangt, der Gläubiger solle dem Käufer seine Klage gegen den Verpfänder, nämlich die *actio pigneraticia contraria* cediren. Er nimmt also an, der Gläubiger habe wegen der erfolgten Eviction eine Klage gegen den Verpfänder. Aber gerade hier liegt die Schwierigkeit. In anderen, oben genannten Stellen ist ausgesprochen, dass

der Gläubiger dem Käufer für Eviction nicht verantwortlich ist; wenn er aber nicht haftet, so wird ihm, wenn das Pfand verkauft und der Kaufpreis bezahlt ist, aus der Verpfändung der fremden Sache ein Schaden nicht erwachsen sein: er ist befriedigt und hat keinen Grund zur Klage. Es erscheint demnach die Klage gegen den Verpfänder als inhaltslos, und es wird deren Cession dem Käufer nichts nützen können. Diess ist schon in der Glosse zu dieser Stelle bemerkt mit den Worten:

*„Mirabile est, quod dedit pigneraticiam contrariam actionem, cum ea cedenti sit inutilis.“*

Ebenso weisen ältere und neuere Schriftsteller darauf hin. Westphal „Versuch einer systematischen Erläuterung sämmtlicher römischer Gesetze vom Pfandrecht“ bemerkt[1]):

„Es ist allerdings besonders, dass, da der Pfandgläubiger selbst keinen Grund haben würde, in diesem Fall sich der *actio pigneraticia contraria* zu bedienen, solche ihm dennoch insofern zukommt, dass er sie dem Käufer abtreten kann.“

Westphal hilft sich jedoch über die Schwierigkeit hinweg mit den Worten:

„Aber alle Beurteilungen helfen nicht, wenn, wie hier, die Gesetze klar sind.“

Mühlenbruch „Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte“ findet[2]) ebenfalls in der Stelle einen Widerspruch und sucht die Erklärung in der Unterscheidung der eigentlichen Schuldverbindlichkeit und der Nebenforderung, die der Gläubiger mit der *actio pigneraticia contraria* geltend macht; jene könne getilgt sein und diese dennoch fortdauern. Diess ist allerdings richtig, allein es ist auch nicht ersichtlich, wie hier eine Nebenforderung bestehen sollte; wenn der Gläubiger nicht haftet, so ist es für ihn gerade so, als wenn die Sache Eigentum des Verpfänders gewesen wäre.

Dernburg[3]) hebt gleichfalls den scheinbar vorhandenen Widerspruch hervor und verwirft desshalb die Entscheidung Ulpians als gekünstelt. Zudem sei dieser Umweg für den Käufer nicht

1) §. 214 Anm. 237, 6.
2) §. 37. III. Anm. 5.
3) Bd. II S. 194.

selten lästig oder unthunlich, und reiche dieses Mittel in vielen Fällen nicht aus.

Bachofen berührt die in der Stelle liegende Schwierigkeit gar nicht. Er äussert sich nur in folgender Weise[1]):

„Die höchste Begünstigung, welche man dem Käufer zu teil werden liess, bestand in dem Rechte, nach stattgehabter Eviction die Abtretung der *actio pigneraticia contraria*, womit der Gläubiger sein Interesse gegen den Verpfänder verfolgen konnte, zu verlangen."

Und an einer anderen Stelle:

„Dem Käufer wird nichts weiter bewilligt als die Abtretung der *actio pigneraticia contraria*, mit welcher der Gläubiger sein Interesse wegen des Verkaufes einer fremden Sache verfolgt."

In ähnlicher Weise constatiren die meisten Schriftsteller[2]) ohne des schwierigen Punktes zu erwähnen, nur, dass dem Käufer durch l. 38 neben der ihm zustehenden *utilis actio* auch das Recht gewährt werde, Cession der *actio pigneraticia contraria* zu verlangen, oder erblicken, wie Sintenis[3]) und Gesterding[4]), in diesem Wege lediglich ein Mittel, durch welches dem Käufer die Möglichkeit geboten werde, sein über Kaufpreis und Zinsen hinausgehendes Interesse geltend zu machen.

## §. 11.

Eine befriedigende Erklärung findet man bei keinem der Schriftsteller, und doch dürfte dieselbe nicht ferne liegen, vielmehr sich aus dem Inhalte der Stelle selbst ergeben. Ulpian motivirt nämlich seine Entscheidung mit den Worten:

„*Cui enim non aequum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est.*"

Diese Worte scheinen so aufgefasst worden zu sein, als habe Ulpian damit ausdrücken wollen, der Gläubiger solle desshalb die

1) S. 561.

2) Windscheid, Pandekten § 237 Anm. 22. — Bachovius, Tractatus de pignoribus et hypothecis lib. 3 §. 25. — Negusantius, De pignoribus et hypothecis VI 1, 40. — Hildebrand a. a. O. membr. II §. IX. — Schmid, Die Grundlehren der Cession Bd. I S. 224. — Göschen, Vorlesungen §. 345.

3) Pfandrecht §. 55.

4) Pfandrecht S. 197.

Klage cediren, weil er ja diese ohne Schaden abtreten könne, da er sie, nachdem er befriedigt sei, nicht mehr brauche. Bei solcher Auffassung liegt allerdings die erwähnte Schwierigkeit vor. In jenem Nachsatze dürfte jedoch mehr enthalten sein; es liegt in demselben der der Entscheidung zu Grunde liegende Gedanke. Ulpian geht nämlich — diess beweisen die angeführten Worte — davon aus, der Pfandgläubiger solle wenigstens so viel leisten, als er ohne Schaden leisten kann. Da aber der Gläubiger die *actio pigneraticia contraria* auf Ersatz alles ihm durch die Verpfändung zugegangenen Schadens hat[1]), so kann er, wenn er den Käufer entschädigen muss, Zahlungsfähigkeit des Verpfänders vorausgesetzt, alles, was er demselben hat leisten müssen, sich wieder erholen, hat also im Erfolge keinen Schaden.

Es führt somit der Ulpian'sche Gedanke dahin, den Gläubiger dem Käufer gegenüber für entschädigungspflichtig zu erklären, aber wegen der Gefahr der Insolvenz des Verpfänders nicht unbeschränkt, sondern nur, wenn und soweit er den Rückgriff gegen den Verpfänder nehmen kann. Wollte man aber verlangen, dass der Käufer den Gläubiger und dieser wieder den Verpfänder belange, so müsste entweder der Käufer, um seine Forderung zu begründen, Zahlungsfähigkeit des Verpfänders wenigstens bis zum Betrage seiner Forderung beweisen; dieser Beweis aber würde unter Umständen sehr schwierig sein, überdiess könnte die Zahlungsfähigkeit des Verpfänders zwar wirklich vorhanden, doch nicht bewiesen sein, so dass der Käufer, obwohl an sich berechtigt, keine Entschädigung erlangen könnte; oder es müsste der Käufer wenigstens Caution leisten, dass der Gläubiger den gezahlten Entschädigungsbetrag vollständig mit Zinsen und Kosten vom Verpfänder wieder erlangen werde. Immerhin wäre der schliessliche Erfolg der Klage des Käufers gegen den Gläubiger abhängig von dem Erfolge der Klage des Gläubigers gegen den Verpfänder. Daher liegt es nahe und erscheint es als praktisch angemessen, statt Zahlung vom Gläubiger zu verlangen, demselben zu gestatten, seine *actio pigneraticia contraria* abzutreten und dadurch den Käufer an den Verpfänder zu verweisen. Der

1) L. 9 pr. D. de pignerat. act. 13, 7; l. 31 und l. 32 D. eod.; l. 54 D. de fidej. et mandat. 46, 1; l. 6 Cod. si aliena res 8, 16.

Käufer verliert dadurch nichts, da er ja doch nur so viel vom Gläubiger in Anspruch nehmen kann, als vom Verpfänder zu erholen ist. Diesen Weg schlägt nun Ulpian in der That ein.

Führt man die Entscheidung Ulpians in dieser Weise auf den zu Grunde liegenden Gedanken zurück, so ist die sich darbietende Schwierigkeit beseitigt. Die Klage des Gläubigers ist keine leere, sondern hat zum Inhalte alles, was der Gläubiger dem Käufer zu leisten verpflichtet ist. Sie ist begründet, weil der Gläubiger dem Käufer verantwortlich ist; der Gläubiger aber ist dem Käufer verantwortlich, weil er eine Klage gegen den Verpfänder hat. Dieser scheinbare Cirkelschluss ist wohl gerechtfertigt. Für den Gesetzgeber ist eben die Möglichkeit des Regresses gegen den Verpfänder Grund, die Haftung des Gläubigers zu statuiren; ist diese aber einmal statuirt, dann bildet sie auch den Grund des Klagerechtes desselben gegen den Verpfänder.

## §. 12.

Von grosser Bedeutung ist bei diesem Wege die Consequenz rücksichtlich des Umfanges der Klage. Die von Tryphonin und Hermogenian gewährten Klagen haben, wie erörtert, nur Kaufpreis und Zinsen zum Gegenstande. Der Inhalt der *actio pigneraticia contraria cessa* erstreckt sich darüber hinaus und umfasst das ganze Interesse des Käufers. Es wurde diess von vielen Juristen bestritten. Aus der hier versuchten Auslegung der l. 38 aber ergibt es sich mit Notwendigkeit.

Für den Gläubiger zunächst ist sicher, dass er mit der *actio pigneraticia contraria* Ersatz des aus der Verpfändung der fremden Sache ihm erwachsenen Schadens verlangen kann[1]). Es kann also jedenfalls der Käufer als Cessionar mit der cedirten Klage das Interesse des Gläubigers verfolgen, und es frägt sich nur, worin dieses besteht und in wie weit das Interesse des Käuferts durch den Ersatz des Interesses des Gläubigers gedeckt erscheint. Dernburg glaubt[2]), das Interesse des Pfand-

1) L. 9 pr., l. 16 §. 1, l. 32 D. de pignerat. act. 13, 7; l. 54 D. de fidej. et mandat. 46, 1.

2) Bd. II S. 197.

gläubigers bestehe in der Stellung eines anderen Pfandes oder Rückzahlung der Schuld. Wie könne nun die Klage, wenn sie cedirt wird, das hievon ganz verschiedene, weit hierüber hinausgehende Interesse des Käufers einfordern, also in der Hand des Cessionars einen anderen Inhalt annehmen? Allein es lässt sich doch nicht allgemein sagen, das Interesse des Gläubigers bestehe in der Stellung eines neuen Pfandes, es bestimmt sich dasselbe vielmehr auch hier, wie bei anderen Rechtsverhältnissen, nach dem einzelnen Falle; es kann dem Gläubiger durch die Verpfändung und die erfolgte Eviction Schaden zugegangen sein, der ihm durch ein neues Pfand nicht gedeckt wurde. Dahin gehört auch der Fall, dass er einem anderen gegenüber in Betreff der verpfändeten Sache Verbindlichkeiten übernommen hat. Es kann in Folge dessen das Interesse grösser sein als die Schuldsumme.

Nachdem das Pfand verkauft und evincirt ist, bestimmt sich das Interesse nur danach, ob und in wie weit der Gläubiger dem Käufer verhaftet ist. Haftet er gar nicht, so hat er auch kein Interesse; haftet er dagegen, so bestimmt sich das Interesse nach der Haftung. Nach l. 38 aber, wenn man sie in dem hier vertheidigten Sinne auffasst, haftet er dem Käufer an sich für dessen ganzes Interesse; sein Interesse ist also identisch mit dem des Käufers, und es ist daher das Interesse des Käufers, welches den Inhalt der *actio pigneraticia contraria* schon in der Hand des Gläubigers bildet. Des Käufer verfolgt somit mit der cedirten Klage sein eigenes Interesse.

Damit wird auch der Vorwurf Dernburgs, dass dieser Weg in vielen Fällen für den Käufer lästig und unanwendbar sei, bedeutungslos. Denn wenn er dem Käufer grössere Befriedigung verschafft, so wird dieser den Umweg, wonach er erst den Gläubiger aufsuchen und ihn zur Cession der Klage anhalten muss, nicht scheuen dürfen, und es lässt sich dann auch daraus, dass er in einigen Fällen nicht anwendbar sei, kein Vorwurf entnehmen. Was aber speciell den von Dernburg angeführten Fall betrifft, da der Verpfänder bei der Verpfändung die Garantie für sein Eigentumsrecht abgelehnt habe, so widerlegt sich hier der Einwand Dernburgs schon durch die Erwägung, dass in einem solchen

Falle ein derartiges Mittel gar nicht notwendig ist. Denn wenn der Gläubiger dem Käufer das Vorhandensein dieser Vereinbarung verschwiegen hat, so hat er dolos gehandelt und haftet in Folge dessen wegen seines *dolus* für Eviction selbst mit seinem eigenen Vermögen. Hat er es aber dem Käufer angezeigt und dieser trotzdem gekauft, ohne sich vom Gläubiger für Eviction garantiren zu lassen, so hat sich der Käufer diess, dass er jetzt keinen Anspruch erheben kann, selbst zuzuschreiben und es ist kein Grund vorhanden, ihm trotzdem Schutz zu verleihen.

## §. 13.

Gegen unsere Auslegung der l. 38 erhoben sich allerdings Bedenken bei Betrachtung zweier Digestenstellen. Es sind diess folgende:

Ulpianus libro trigesimo ad edictum l. 22 § 4 D. de pigneraticia actione vel contra 13, 7:

*Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus), an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.*

und Tryphoninus libro octavo disputationum l. 23 D. eod.:

*nec enim amplius a debitore quam debiti summa consequi poterit. sed si stipulatio usurarum fuerat et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata victus eam emptori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est: sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emptore acceperat.*

In ersterer ist ausgesprochen, dass der Gläubiger, der dem Käufer für den Fall der Eviction das Doppelte des Kaufpreises versprochen hat, zwar in der Regel, wenn er dem Käufer hat leisten müssen, Regress gegen den Verpfänder nehmen könne, allein

nur unter der Voraussetzung, dass er in redlicher Absicht gehandelt habe und dass die Uebernahme dieser Verbindlichkeit im Interesse des Verpfänders lag, indem dadurch ein höherer Kaufpreis erzielt wurde.

Gereicht dagegen dieses Versprechen des Gläubigers dem Verpfänder nicht zum Vorteil, wäre nämlich ohne dasselbe zu dem gleichen Preise verkauft worden, so soll der Gläubiger vom Regresse ausgeschlossen sein.

Vor allem scheint nun Ulpian hier, wenn er Regress im Falle eines besonderen Haftungsversprechens verlangt, vorauszusetzen, dass im allgemeinen Regress nicht stattfinde, weil auch Haftung nicht verlangt werde. Aus der Beschränkung des Regresses auf den besonderen Fall, wenn die Uebernahme der Haftung zum Vorteile des Verpfänders geschah, scheint ferner geschlossen werden zu müssen, dass Ulpian annahm, der Verpfänder brauche in der Regel nicht für das Interesse des Käufers aufzukommen, denn es geht dieselbe offenbar aus der Erwägung hervor, dass eine Uebernahme der Haftpflicht von Seite des Gläubigers für den Verpfänder wegen des daraus folgenden Regresses beschwerend ist; sonst würde Regress nicht lediglich dann gestattet werden, wenn die Uebernahme des Haftungsversprechens durch das Interesse des Verpfänders geboten erschien; sie wäre aber für ihn nicht beschwerend, wenn er auch ohne dieselbe für das Interesse des Käufers aufzukommen hätte; diess als richtig angenommen, wäre es für den Verpfänder gleichgiltig, ob der Gläubiger zu haften versprochen hat oder nicht. Warum sollte also der Gläubiger, wenn er es gethan hat, ohne dass es das Interesse des Verpfänders erheischte, vom Verpfänder keinen Ersatz verlangen können, dieser also gar nichts zu leisten haben, während er ohne Versprechen des Gläubigers für den Schaden des Käufers aufzukommen hätte?

Allein es ist zu berücksichtigen, dass die Stelle nur von dem Versprechen des Doppelten des Kaufpreises spricht, nicht von einfachem Haftungsversprechen. Die Haftung für das Doppelte des Kaufpreises wird in der Regel eine viel weiter reichende sein als die Haftung für das Interesse. Dafür aufzukommen kann dem Verpfänder nicht zugemutet werden, wenn er nicht besonderen

Nutzen aus einem solchen Versprechen zieht. Wenn es in der Stelle heisst:

*„repressum non habere“*,

so soll damit gewiss nicht jeder Ersatz ausgeschlossen sein, es ergibt sich vielmehr aus der vorhergehenden Fragestellung, dass damit nur ausgesprochen ist, der Gläubiger habe den Regress nicht auf das Doppelte des Kaufpreises.

Was ferner die zweite Stelle anlangt, so ergibt sich aus dem Anschlusse an die erstere und aus dem Schlusssatze:

*„sed si simplum praestitit* etc.“,

dass deren Autor auch den Fall einer durch die Umstände nicht gerechtfertigten *promissio duplae* im Auge hatte. Für diesen Fall nun bestimmte er, dass der Gläubiger vom Verpfänder nur den Betrag der Schuldsumme mit Zinsen verlangen könne.

Der Jurist scheint lediglich davon ausgegangen zu sein, dass es, wenn dem Gläubiger wieder abgenommen wird, was er zur Tilgung der Schuld erhalten hat, gerade so zu betrachten sei, als ob gar nie etwas geleistet worden wäre; er hat also lediglich an das Wiederaufleben der Pfandforderung gedacht, sich aber die Möglichkeit des von Ulpian proponirten Weges, wonach der Verpfänder zu mehr verpflichtet werden könnte, nicht zum Bewusstsein gebracht. Diess erklärt sich, wenn man erwägt, dass die Stelle von Tryphonin herrührt, welcher in dieser Frage eine andere Ansicht vertrat, indem er dem Käufer lediglich eine Bereicherungsklage gegen den Verpfänder gestattete, den Gläubiger aber von jeder Haftung frei glaubte. Es spricht somit die Stelle nicht mehr gegen unsere Auslegung als l. 12 §. 1 D. cit. und l. 74 §. 1 D. cit.; diese richten sich aber weniger gegen unsere Auslegung als vielmehr gegen die Entscheidung der Stelle überhaupt.

Für die Annahme, dass der Käufer sein volles Interesse gegen den Verpfänder geltend machen könne, lässt sich hiegegen wieder anführen

Ulpianus libro trigesimo ad edictum l. 24 D. eod.:

*Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam. et videtur finita esse pignoris obligatio et*

*a contractu recessum immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum ejus intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia caussa cum eo agetur.*

Wenn der Gläubiger, dem die Sache zugeschlagen worden ist, nach erfolgter Eviction sein volles Interesse verlangen kann, so muss das Gleiche dem Käufer zugestanden werden[1]). Warum sollte der Käufer im Vergleiche zum Gläubiger benachteiligt und der Verpfänder im Falle des Verkaufes besser daran sein, als wenn der Gläubiger das Pfand selbst behält?

Dernburg führt an, der Käufer verzichte eben auf Evictionsleistung; allein für diese Annahme fehlt ein einleuchtender Grund. Verzichte können nicht vermutet werden.

Die Bedenken, die sich aus den beiden genannten Stellen erhoben, dürften demnach nicht im Stande sein die hier versuchte Auslegung der l. 38 D. cit. umzustossen. Müsste selbst zugegeben werden, dass dieselbe nicht mit jenen Stellen vereinbar sei, so würde diess nur bestätigen, dass in den Quellen selbst eine sichere und einheitliche Beurteilung der Frage nicht gefunden wird. In der That ist ja gewiss, dass die Juristen hierüber verschiedener Anschauung waren, wie die von einander abweichenden Aussprüche von Tryphonin, Hermogenian und Ulpian beweisen. Ulpian selbst konnte seine Ansicht geändert haben.

Unsere Auslegung müsste dennoch aufrecht erhalten werden, weil sie die einzige logisch mögliche ist. Ausserdem lassen sich für dieselbe eine Reihe von Analogieen aus den Quellen anführen.

## §. 14.

Wenn der Mandatar bei Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes mit einem Dritten auf eigenen Namen contrahirte und es ging dem Mandanten Schaden zu, für den der Dritte verantwortlich ist, so soll der Mandatar seine Klage gegen denselben an den Mandanten cediren müssen:

1) Vgl. Dernburg Bd. II S. 198.

Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum l. 8 §. 10 D. mandati vel contra 17, 1:

*Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas — — sed et si restituas et tradere debes et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hae actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias nec amplius praestes quam consecuturus sis*[1]).

Auch hier könnte man einwenden, die Cession der Klage nütze dem Mandanten nichts, weil die Klage inhaltslos sei, da der Mandatar kein eigenes Interesse an der Vertragserfüllung habe und von seinem Mandanten, vorausgesetzt dass ihn keine Schuld trifft, nicht verantwortlich gemacht werden könne. Dennoch verlangen die Quellen Cession der Klage.

Der Grund, der diess rechtfertigt, ist in l. 8 §. 10 cit. und in l. 10 §. 1 eod. angegeben, welche fortfährt:

*Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est aut caveri potest, aut de ceteris vitiis idem erit dicendum; at si culpa caveri non curaverit, condemnabitur.*

Aus beiden Stellen geht hervor: Der Mandatar ist verpflichtet, seinem Mandanten den Sklaven, den er in dessen Auftrag gekauft hat, herauszugeben, haftet ihm also auch, wenn derselbe evincirt wird. Ist nun dem Mandatar selbst für den Fall der Eviction Haftung versprochen oder kann er doch solche verlangen, so genügt es, wenn er die ihm selbst zustehende Klage cedirt und somit nicht mehr leistet als er selbst bekömmt. Das Gleiche gilt in Betreff der Fehler des Sklaven.

Allein wenn der Mandatar schuld daran ist, dass ihm für Eviction nicht gehaftet wird, dann soll er dem Mandanten unbeschränkt haften müssen. Der Mandatar also, der das Interesse seines Mandanten gewahrt hat und dem daher *culpa* nicht zur Last gelegt werden kann, braucht nur die ihm zustehende Klage

1) Vgl. noch l. 43, l. 45 pr., l. 54 §. 1 D. eod. Ferner l. 1 § 11 D. depositi 16, 3; l. 21 §. 3 D. de neg. gest. 3, 5; l. 49 § 2 D. de acquir. vel ammitt. poss. 41, 2; l. 2 Cod. si certum petatur 4, 2. S. Zimmermann im neuen Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heinichen Bd. I S. 59 ff. Ferner Seufferts Archiv Bd. 33 Nr. 19, Bd. 11 Nr. 36, Bd. 14 Nr. 23.

zu cediren; es ist ausdrücklich hervorgehoben, es genüge Cession, er brauche nicht mehr zu leisten als er selbst erhält. Hieraus ist ersichtlich, dass der Verfasser der Stelle die Klageabtretung nur als den geeigneten Weg erkannte, den Mandatar für so viel haften zu lassen, als er sich wieder erholen kann; zu so viel ist er an sich verpflichtet, befreit sich aber durch Cession der Klage[1]). Dass der Mandatar einen Anspruch gegen den Dritten hat, obwohl er nicht direct interessirt ist, hat seinen Grund eben darin, dass er selbst seinem Mandanten gegenüber verantwortlich ist; diesem ist er aber verantwortlich, weil er die Möglichkeit des Regresses hat. Dieser scheinbare Cirkelschluss findet sich hier in den Quellen selbst ausgesprochen:

Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum l. 8 §. 3 D. eod.:

*Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest)*[2]).

Zugleich mit dem Grunde ist auch der Umfang der Haftung bestimmt; denn wenn jemand nur haftet, weil er sich wieder erholen kann, so haftet er auch nur, soweit er sich wieder erholen kann. Es haftet also der Mandatar dem Mandanten für dessen ganzes Interesse, vorausgesetzt nur, dass er wieder ersetzt erhält. Desshalb ist auch seine Klage auf das ganze Interesse des Mandanten gerichtet.

Diess ist ausdrücklich hervorgehoben von Javolenus libro octavo ex Cassio l. 27 (28) D. de neg. gest. 3, 5:

1) S. Zimmermann a. a. O. S. 73 und 74.

2) In anderen Stellen wird geradezu die Pflicht zur Abtretung als Grund angegeben, warum jemandem, obwohl er kein Interesse habe, doch eine Klage zustehe. L. 36 D. de fidej. 46, 1: *Cum is qui et reum et fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: — — et ideo habet actiones, quia tenetur ad ipsum, ut praestet actiones.*

Und l. 14 pr. D. mandati 17, 1: *Heredem fidejussoris, si solverit, habere mandati actionem, dubium non est. sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem quaeritur. et Julianus libro tertio decimo scribit id circo heredem habere mandati actionem, quia tenetur judicio ex empto, ut praestet actiones suas, id circoque competere ex empto actionem, quia potest praestare.*

*Si quis mandatu Titii negotia Seji gessit, Titio mandati tenetur, lisque aestimare debet, quanti Seji et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Sejo praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est.*

Der Mandatar, der im Auftrage seines Mandanten im Interesse eines Dritten gehandelt hat, haftet seinem Mandanten für das Interesse dieses Dritten; denn sein Mandant selbst haftet als Mandatar oder *negotiorum gestor* dem Dritten für dessen Interesse; das Interesse dieses bildet daher auch sein Interesse, welches er gegen den Mandatar geltend macht.

In ähnlicher Weise äussert sich Neratius libro secundo membranarum l. 14 D. si quis caution. 2, 11. Am Anfange der Stelle spricht er den Satz aus, dass der Procurator, der ohne Poenalstipulation sich *cautio judicis sisti* hat leisten lassen, keinen Anspruch, weil kein Interesse habe, widerlegt sich jedoch dann selbst, indem er weiter fährt:

*Sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi, non procuratoris, sed ejus cujus negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse, ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur.*

Ebenso Ulpianus libro septuagesimo septimo ad edictum l. 81 §. 1 D. de V. O. 45, 1:

*Si procurator sisti aliquem, sine poena stipulatus sit, potest defendi non suam, sed ejus, cujus negotia gessit utilitatem in ea re deduxisse.*

Diese Stellen bestätigen, dass das Interesse des Mandanten schon den Inhalt der Klage des Mandatars bildet, und in Anbetracht dessen rechtfertigt sich das Verlangen der Klagecession, da die cedirte Klage dem Mandanten zur Erlangung seines Interesses dient.

Fasst man das Gesagte zusammen, so ergibt sich:

Der Mandatar haftet zwar, wenn dem Mandanten bei Abwickelung des Geschäftes Schaden zuging, in der Regel nicht, wenn ihn keine Schuld trifft; ist er aber in der Lage, etwaige Leistungen ersetzt erlangen zu können, so soll er wenigstens für so viel, als er ersetzt erhalten kann, haften; ist also für den entstandenen Schaden ein Dritter verantwortlich, mit dem er contrahirt hat, so soll er

die Klage gegen diesen cediren müssen. Dadurch wird dem Mandanten die Möglichkeit gewährt, sein gesammtes Interesse gegen den Dritten zu verfolgen. Diess ist das gleiche Resultat wie das, zu welchem wir bei Auslegung der l. 38 D. cit. gelangt sind.

## §. 15.

Eine weitere Analogie für die hier befürwortete Auslegung findet sich in den Quellen bei Beantwortung der Frage nach der Haftung des Mündels aus dem *dolus* des Tutors[1]). Die Entscheidung dieser Frage ist erst auf Grund allmäliger Entwicklung zum Abschlusse gelangt. Vor allem galt hier als allgemeiner Grundsatz, dass der Mündel aus dem *dolus* des Tutors nur hafte, wenn und soweit er bereichert ist.

Ulpianus libro vicesimo nono ad edictum l. 3 §. 1 D. de tributoria actione 14, 4:

*Dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere et ideo hactenus cum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit.*

Papianus libro vicesimo quaestionum l. 3 D. quando ex facto tutoris 26, 9:

*Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet.*

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum l. 13 §. 7 D. de actionibus empti 19, 1:

— *quaestionis esse ait, an tutorum dolum pupillus praestare debeat et si quidem ipsi tutores rendiderunt, ex empto eos teneri nequaquam dubium est: sed si pupillus auctoribus eis rendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est* — —

Aristo aber verlangt auch ohne Rücksicht auf Bereicherung die Haftung des Pupillen, wenn nur der Tutor solvent ist. Ist allerdings der Tutor insolvent, dann soll nach der Ansicht Aristo's der Mündel von jeglicher Haftung frei sein, da man in diesem Falle nur die Wahl habe, entweder dem Kläger oder dem Mündel den Schaden aufzubürden, so müsse man sich zu Gunsten des Mündels entscheiden und dem Kläger den Schaden tragen lassen. Diese

1) Vgl. Rudorff, Das Recht der Vormundschaft Bd. II §. 131 S. 345 ff.

Ansicht Aristo's ist erwähnt von Pomponius libro vicesimo epistolarum l. 61 D. de auctor. et consensu 26, 7[1]):

*Apud Aristonem ita scriptum est: quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, ejus aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debebit ita. si pupillo de hereditate cautum sit: cautum autem esse videtur etiam si tutor erit idoneus, a quo servari possit id quod pupillus ex litis aestimatione subierit, sed si tutor solvendo non est, videndum erit, utrum calamitas pupilli an detrimentum petitioris esse debeat; perindeque haberi debet, ac si res fortuito casu interisset, similiter atque ipse pupillus expers culpae quid ex hereditate deminuisset, corrupisset, perdidisset —*

Pomponius fährt dann fort, indem er seine eigene Ansicht kundgibt:

*Puto eum vere dicere. sed quare cunctatus es, si solvendo non sit tutor, cujus damnum esse debeat? cum alioquin elegantius dicere poterit (potueris), actiones duntaxat, quas haberet cum tutore pupillus, venditori (petitori) hereditatis praestandas esse, sicuti heres vel bonorum possessor, si nihil culpa ejus factum sit (veluti si fundo hereditario vi dejectus sit —), nihil plus, quam actiones, quas eo nomine habet, praestare debeat.*

Pomponius geht also einen Schritt weiter als Aristo, er spricht auch im Falle der Insolvenz des Tutors den Mündel nicht ganz von Haftung frei, sondern verlangt, dass der Mündel wenigstens seine Klage gegen den Tutor cedire. Pomponius beruft sich hiebei darauf, dass ja auch der vermeintliche Erbe oder *bonorum possessor*, wenn der Schaden, für den er verantwortlich gemacht werden soll, nicht durch seine Schuld entstanden ist, nicht mehr zu leisten brauche als Abtretung der ihm zustehenden Klage.

Ulpian endlich verlangt in jedem Falle, ohne zwischen Solvenz und Insolvenz des Tutors zu unterscheiden, Cession der Klage gegen den Tutor.

Ulpianus l. 3 §. 1 cit. i. f.:

1) Ebenso Pomponius libro vicesimo nono ad Sabinum l. 1 D. quando ex facto tutoris 26, 9: *Ob dolum malum vel culpam tutoris, Aristo ait, pupillum possessorem condemnandum, sed non puto, quanti actor in litem juraret: et tamen illud ita est, si rem a tutore pupillus servare possit.*

*Idem in furioso puto, quamvis Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit, ex dolo ejus pupillum teneri scripsit: et sane hactenus tenebitur, ut actionem, quam contra tutorem habeat, praestet.*

Ulpian selbst führt zwar libro vicesimo nono ad edictum l. 21 §. 1 D. de peculio 15, 1:

*Si dolo tutoris vel curatoris furiosi vel procuratoris factum sit, an pupillus vel furiosus vel dominus de peculio conveniatur, videndum. et puto, si solvendo tutor sit, praestare pupillum ex dolo ejus, maxime si quid ad ejum pervenit, et ita Pomponius libro octavo epistularum scribit. idem et in curatore et procuratore erit dicendum.*

und libro septuagesimo secundo ad edictum l. 1 §. 6 D. ne vis fiat 43, 4:

*— et si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem, si modo solvendo sit tutor —*

die Ansicht des Pomponius als die richtige an, allein in l. 3 §. 1 cit. stellt er ausdrücklich seine Ansicht der des Pomponius gegenüber und verlangt unbedingt und ohne Unterscheidung Cession der Klage.

Windscheid[3]) erklärt diese Haftung damit, es habe sich in der römischen Jurisprudenz die eigentümliche Auffassung geltend gemacht, dass aus Delicten, welche der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens begehe, der Mündel eben dadurch reicher werde, dass ihm ein Ersatzanspruch gegen den Vormund erwachse. Die Haftung auf Abtretung der Klage wäre also eine Folge des Ersatzanspruches. Allein der Mündel hat ja keinen Anspruch, wenn er nicht haftet; es kann von einem Ersatzanspruch überhaupt nur die Rede sein, wenn der Mündel aus dem *dolus* des Tutors haftet. Die Haftung ist das Primäre, der Ersatzanspruch erst die Folge der Haftung. Darum konnten auch die römischen Juristen aus dem Bestehen eines Ersatzanspruches nicht erst die Haftung folgern, die doch die Voraussetzung eines solchen bildet. Diese Entscheidung beruht vielmehr auf demselben Gedanken, welcher dazu führt, in dem vorerwähnten Falle den Mandatar zur

1) Pandekten §. 440 A. 6.

Cession seiner Klage an den Mandanten zu verpflichten und welchen wir als der l. 38 cit. zu Grunde liegend bezeichnet haben. Der Mündel soll aus dem *dolus* seines Tutors zwar haften, aber er soll keinen Schaden haben[1]), desshalb nur für so viel haften, als er sich wieder erholen kann. Diess geht aus der Entwicklung der Entscheidung hervor. Aristo und Pomponius waren von dem gleichen Gedanken geleitet, nur weichen sie in der Art und Weise, in welcher sie das Ziel zu erreichen suchen, ab. Diess lässt sich daraus folgern, dass sie den Fall der Solvenz und Insolvenz des Tutors unterschieden. Während aber Aristo im Falle der Insolvenz des Tutors vom Mündel gar nichts verlangen zu dürfen glaubte, weil in diesem Fall keine Möglichkeit des Ersatzes vorhanden ist, verlangte Pomponius wenigstens Cession der Klage gegen den Tutor; es kann ja möglich sein, dass der Tutor in Wahrheit solvent ist und nur der Beweis der Solvenz vom Kläger, der, wenn er seinen Anspruch gegen den Mündel auf die Solvenz des Tutors zu stützen genötigt ist, diese auch beweisen muss, nicht erbracht werden konnte oder dass der Tutor, wenn er auch augenblicklich nicht im Stande ist, zu leisten, später vielleicht doch wieder solvent werde; die Gefahr, die aus diesen Möglichkeiten für den Kläger entstünde, wurde hiedurch abgewendet.

Ulpian endlich erkannte, dass auf diesem Wege, den Pomponius nur im Falle der Insolvenz des Tutors vorschlug, auch im Falle der Solvenz desselben das Gleiche erreicht würde, wie wenn man den Mündel unbeschränkt haften liesse, da die Haftung auf so viel als wieder erholt werden kann im Falle der Solvenz des Tutors der unbeschränkten Haftung gleichkömmt. Der Kläger war also, wenn der Tutor wirklich solvent war, hiedurch nicht geschädigt. Für den Mündel aber wurde diess erreicht, dass er vor der Gefahr etwa später eintretender Insolvenz des Tutors geschützt wurde; es könnte ja auch möglich sein, dass der Tutor zur Zeit der Klage gegen den Mündel solvent gewesen, zur Zeit der Regress-

1) Vgl. die oben citirten Stellen l. 3 D. 14, 4: *dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto* und l. 3 D. 26, 9: *dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet.* Ferner l. 4 D. eod.: *At si extrinsecus aliquid tutor dolo admiserit, pupillo nihil nocere oportet.*

klage des Mündels aber insolvent geworden wäre; ebenso wäre es denkbar, dass die Solvenz des Tutors zwar bewiesen, in Wahrheit aber doch nicht vorhanden war; auch diese Gefahr wurde durch die Entscheidung Ulpians, welcher immer, ohne zu unterscheiden, Klageabtretung verlangt, abgewendet.

## §. 16.

Eine ähnliche Entscheidung gibt ferner Ulpian selbst libro trigesimo secundo ad edictum l. 13 §. 12 D. de actionibus empti 19, 1:

*Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.*

Wenn die verkaufte Sache vor dem Verkaufe oder wenigstens vor der Tradition an den Käufer in irgend einer Weise beschädigt worden war, soll der Verkäufer, dem das Klagerecht noch entstanden ist, weil die Sache zur Zeit der schädigenden Handlung noch in seinem Eigentum war, seine Klage an den Käufer cediren müssen. Es liegt hier ein dem in l. 38 entschiedenem Falle ganz ähnliches Verhältniss vor. Derjenige, der die schädigende Handlung vorgenommen hat, hat sich durch dieselbe dem Verkäufer obligirt, dieser hat aber kein Interesse zu verfolgen, wenn er nicht dem Käufer haftet; diess ist nun nicht der Fall, vorausgesetzt dass ihm weder *dolus* noch *lata culpa* zur Last fällt; der Käufer selbst aber hat gegen den Dritten keine Klage.

Es ist zwar hier der zu Grunde liegende Gedanke nicht so deutlich wie in den vorerwähnten Fällen zu erkennen, allein es spricht schon der Umstand allein, dass dieselbe Entscheidung zu öfteren Malen in den Quellen vorkommt, für unsere Auslegung; denn es würde ohne dieselbe alle diese Entscheidungen der Vorwurf treffen, der gegen die Entscheidung Ulpians in l. 38 erhoben wurde.

Aehnlich Neratius libro tertio membranarum l. 31 pr. D. eod.:

*Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae ejus praestari a me*

*emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.*

Wer eine Sache verkauft und bis zur Tradition die *custodia* über dieselbe übernommen hat, haftet, wenn ihm die Sache mit Gewalt genommen wurde, nur auf Klagecession. Weil dem Verkäufer keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann, wäre es unbillig, ihn unbeschränkt haften zu lassen; es erscheint vielmehr angemessener, die Gefahr, ob von demjenigen, der die Sache weggenommen hat, etwas zu erhalten ist, auf den Käufer überzuwälzen.

Das Gleiche findet sich für den Fall eines *furtum*, und wenn der Verkäufer *custodia* nicht übernommen hatte, ausgesprochen von Gajus libro decimo ad edictum provinciale l. 35 §. 4 D. de contrah. emptione 18, 1:

*Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori.*

und in §. 3 J. de emptione et venditione 3, 23:

*Quod si fugerit homo, qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. — — si non susceperit securus erit. — — utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori —.*

## §. 17.

Aus dem öfteren Vorkommen des Verlangens der Klagecession ergibt sich, dass Ulpian in l. 38 einen allgemein geltenden, auch sonst vielfach zur Anwendung gelangenden Grundsatz auf das vorliegende Rechtsverhältniss angewendet hat. Dieser Grundsatz dürfte sich folgendermassen bestimmen lassen:

So oft jemand ihm obliegender Verbindlichkeit nicht nachzukommen im Stande ist, ist er zur Leistung des dem Berechtigten dadurch erwachsenen Interesses verpflichtet; sprechen aber beson-

dere Gründe dafür, ihn vor Schaden zu bewahren, so soll diese Ersatzpflicht eingeschränkt werden auf die Pflicht zur Leistung von so viel, als er ohne Schaden leisten kann; er soll also nur verpflichtet sein, herauszugeben, wodurch er bereichert ist, und zu leisten, wofür ihm Regress gegen einen Dritten offen steht, vorausgesetzt dass dieser Regress auch realisirbar ist, d. h. dass auch wirklich Ersatz geleistet wird. Diess wird erreicht, indem Cession des Ersatzanspruches statuirt wird.

Die Anwendung dieses Principes beseitigt in vielen Fällen ein offenbares Missverhältniss; der Beschuldigte wäre oft rechtlos und derjenige, den die Verantwortung träfe, könnte nicht zur Rechenschaft gezogen werden, obwohl er an sich aus dem bestehenden Obligationsverhältnisse haftbar wäre.

In unserem Falle scheint dasselbe erst auf Grund einer Rechtsentwicklung, ähnlich der bei Entscheidung der Frage nach der Haftung des Mündels aus dem *dolus* des Tutors vor sich gegangenen, zur Anwendung gekommen zu sein. Anfänglich erkannte man nur die Notwendigkeit, den Pfandgläubiger vor Schaden zu bewahren, und sprach ihn desshalb von Haftung frei; dann verwies man den Käufer an den Verpfänder, soweit dieser bereichert war; die letzte Stufe bildet der Weg Ulpians, wonach der Verpfänder auf das volle Interesse des Käufers in Anspruch genommen wird.

## §. 18.

Damit der Gläubiger gemäss l. 38 gegen den Verpfänder Regress nehmen könne, ist notwendig, dass er das Pfandrecht auf Grund einer Specialverpfändung erworben habe. Der Weg Ulpians ist also nicht statthaft bei General- oder Legalhypotheken und beim *pignus ex caussa judicati captum*[1]). Der Grund, warum derselbe nicht eingeschlagen werden kann, wenn der Gläubiger aus einer Generalhypothek heraus eine Sache verkauft hat, ist der, dass dem Gläubiger in diesem Falle gegen den Schuldner keine Klage zusteht. Dieser hat in Betreff der verkauften Sache

1) Vgl. Dernburg Bd. II S. 194.

gar keine Verpflichtung übernommen und kann nicht für den Irrtum des Gläubigers, der die Sache im Eigentum des Schuldners glaubte, verantwortlich gemacht werden. Ebensowenig kann dieser Weg eingeschlagen werden, wenn der Gläubiger, der ein gesetzliches Pfandrecht hat, eine Sache, die er im Eigentum des Schuldners glaubte und an der er, wenn diess wäre, ein gesetzliches Pfandrecht hätte, verkauft hat und es sich nachträglich zeigt, dass die Sache eine fremde ist. Obwohl die *actio pigneraticia contraria*, die an sich nur aus einer freiwilligen Verpfändung denkbar ist, auch im Falle einer Legalhypothek zugelassen wird[1]), so kann doch hier, nachdem sich herausgestellt hat, dass der Gläubiger an dieser Sache gar kein Pfandrecht hatte, der Schuldner aus dem gleichen Grunde wie im Falle einer Generalhypothek nicht verantwortlich sein. Vollends aber beim *pignus ex caussa judicati captum* ist jener Weg ganz undenkbar; denn es kann hier, da dem Schuldner durch Zwang seine Sachen gepfändet und zum Verkaufe gebracht werden, weder von einer *actio pigneraticia contraria* die Rede sein, noch auch steht der Käufer mit dem Gläubiger in einem Contractsverhältnisse, hat also auch wegen Eviction keine Klage gegen denselben. Wir müssen also in diesen Fällen den Käufer auf die Bereicherungsklagen verweisen.

## §. 19.

Wenn jedoch der Gläubiger dem Käufer gegenüber Specialverpfändung geltend gemacht hat, während er nur General- oder Legalhypothek hatte, so scheint Prästation aus eigenem Vermögen von ihm verlangt werden zu müssen, insoweit nämlich das Interesse des Käufers weiter reicht als die unmittelbare Klage gegen den Verpfänder. Denn wenn die Behauptung des Gläubigers wahr gewesen wäre, so könnte der Käufer wenigstens Cession der *actio pigneraticia contraria* erlangen; da diess nun unmöglich ist, muss ihm der Gläubiger aus eigenen Mitteln prästiren. Es lässt sich hiefür eine Analogie aus l. 35 §. 4 D. 18, 1 anführen. Der Schluss dieser bereits citirten Stelle lautet nämlich:

1) L. 11 §. 5 D. de pignerat. act. 13, 7.

*Unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.*

Der Verkäufer einer fremden Sache, die vor erfolgter Tradition gestohlen wurde, wird desshalb zum Ersatze des Interesses schuldig erkannt, weil er die Klage, mit welcher der Käufer die Sache selbst wieder gewinnen könnte, nicht zu cediren im Stande ist. Wäre die verkaufte Sache seine eigene gewesen, so könnte er sich durch Cession der Klage befreien, so aber muss er für das Interesse aufkommen. In analoger Weise lässt sich die Haftung des Gläubigers annehmen. Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass der Käufer nur dann Nutzen aus der Klagecession haben kann, wenn der Verpfänder solvent ist. Er würde also auch, wenn wirklich Specialverpfändung vorgelegen wäre, nur unter Voraussetzung der Solvenz des Verpfänders besser daran sein als ohne Specialverpfändung. Hierauf kann sich der Gläubiger berufen, und wenn er *in bona fide* ist, so muss er auch mit dieser Einrede gehört werden. War er dagegen *in dolo*, so ist eine solche Berücksichtigung ausgeschlossen, da, wie oben erwähnt wurde, die betrügerische Absicht allein beim Pfandverkaufe genügt, um den verkaufenden Gläubiger haftbar zu machen.

Trotz wirklicher Specialverpfändung kann ferner dem Gläubiger der Regress unmöglich sein, derselbe aber trotzdem haften müssen. Hat z. B. der Gläubiger die Verpfändung erzwungen, so steht der *actio pigneraticia contraria* die *exceptio quod metus caussa* entgegen. Der Verpfänder wird diese also auch dem Käufer als dem Cessionar entgegenhalten können. Soweit somit das Interesse des Käufers die Bereicherung des Verpfänders übersteigt, wird er von diesem mit der *exceptio* abgewiesen Wir werden nun auch hier in Betreff dieses Mehrbetrages Haftung des Gläubigers mit eigenem Vermögen fordern müssen.

Mit der hier vertretenen Auslegung der l. 38 wäre diess auch sehr wohl vereinbar; denn wenn der Gläubiger in Wahrheit haftet, diese Haftung aber lediglich in seinem Interesse und mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Insolvenz des Verpfänders auf den Betrag

desjenigen, was er im Regresswege ersetzt erhält, beschränkt ist, so ist natürlich, dass diese Beschränkung dann nicht eintritt, wenn er sich den Regress durch eigenes Verschulden unmöglich gemacht hat. Die hiedurch veranlasste Unmöglichkeit des Regresses kann seine Haftpflicht nicht mindern. Es würde diess im Widerspruche stehen mit der Forderung des Rechtes, dass niemand aus seinem *dolus* Vorteil haben sollte[1]). Ueberdiess wird in l. 11 §. 16 cit. der Verkäufer, wie schon öfter erwähnt, immer wegen *dolus* haftbar erklärt; er musste aber beim Verkaufe wissen, dass die Verpfändung, da sie durch Zwang zu Stande gekommen war, wegen der entgegenstehenden *exceptio* unwirksam sei, und hat daher, wenn er dennoch verkauft, dolos gehandelt; es fällt ihm hier beinahe in gleicher Weise *dolus* zur Last, wie wenn er verkaufte, trotzdem er wusste, dass gar nicht verpfändet war. Ausserdem lässt sich auch hier l. 35 §. 4 D. cit. (18, 1) als Argument anführen. Hätte der Gläubiger ein einredefreies Pfandrecht, so könnte er *actionem* prästiren; weil er diess nicht kann, muss er mit eigenem Vermögen haften.

Was hier für die *exceptio quod metus caussa* geltend erachtet wurde, muss gleichmässig für alle aus dem Pfandvertrage selbst hervorgehenden Einreden behauptet werden.

Mit eigenem Vermögen werden wir ferner den Gläubiger haften lassen müssen, wenn er verkauft hat, nachdem die Pfandschuld bereits getilgt war. Bei *dolus* des Gläubigers wurde diess bereits als geboten erörtert. Es frägt sich also lediglich, ob wir auch unter Voraussetzung der *bona fides* dies aufrecht erhalten müssen. Wenn von dem Verpfänder selbst evincirt wurde, unterliegt es keinem Bedenken, die Haftung zu verlangen. Bei der Sachlage aber, die gegeben ist, wenn von einem Dritten evincirt wurde, hat es den Anschein, als könne sich der Gläubiger darauf berufen, dass der Grund der Eviction nicht in der Wiederaufhebung der Verpfändung, sondern in dem Mangel des Eigentums auf Seite des Verpfänders liege, indem Eviction ebenso eingetreten wäre, wenn die Schuld noch bestanden hätte, die Verpfändung also noch nicht aufgehoben gewesen wäre. Der Käufer würde jedoch hiegegen

1) L. 12 D. de dolo malo 4, 3; l. 1 §. 1 D. de doli mali et met. except. 44, 4.

erwidern können, er hätte dann doch wenigstens die Klage gegen den Verpfänder cedirt erhalten, der Gläubiger müsse ihm also mindestens so viel leisten, als er in diesem Falle erhalten würde; die Consequenz führt also auch hier dazu, den Gläubiger vorbehaltlich des Beweises der Insolvenz des früheren Verpfänders haftbar zu erklären; jedenfalls aber kann der Käufer ohne Rücksicht auf Solvenz oder Insolvenz des Verpfänders den Kaufpreis vom Gläubiger fordern; der ungerechtfertigt Bereicherte ist hier nicht der Verpfänder, sondern der Gläubiger. Die Frage, ob der Gläubiger bei gutgläubigem Verkaufe nach schon erfolgter Schuldtilgung mit eigenem Vermögen hafte, hat also lediglich in Betreff des über Kaufpreis und Zinsen hinausgehenden Interesses des Käufers Bedeutung.

## §. 20.

Grund zur Haftbarkeit des Gläubigers aus eigenem Vermögen kann endlich auch die Bereicherung desselben bilden. Desshalb haftet er dem Käufer, wenn und soweit er eine *hyperocha* in Händen hat. Bei Besprechung des Umfangs der von Tryphonin gewährten Klage wurde es als in demselben gelegen bezeichnet, die Cession der *actio pigneraticia directa*, welche auf Herausgabe der *hyperocha* gerichtet ist, vom Verpfänder zu verlangen. Allein für den Käufer wäre es vorteilhafter und sicherer, die *hyperocha* vom Gläubiger direct zurückerhalten zu können, und es lässt sich in der That kein Grund finden, der der Gewährung eines solchen unmittelbaren Klagerechtes entgegenstünde.

Nach der Eviction gebührt die *hyperocha* dem Käufer; der Gläubiger hat kein Recht auf dieselbe und der Verpfänder kann dieselbe nach erfolgter Eviction auch nur mit Rücksicht darauf, dass er dem Käufer aus der Bereicherung haftet, beanspruchen; wenn der Käufer direct gegen den Gläubiger klagen kann, so fällt natürlich dieser Grund für den Verpfänder weg und nur der Käufer erscheint als auf die *hyperocha* berechtigt; es ist daher angemessen, demselben eine unmittelbare Klage zu gewähren. Allein in den Quellen ist diess nirgends ausgesprochen. Aus l. 11 §. 16 cit., in welcher die Rückforderung des Kaufpreises als unstatthaft erklärt

wird, liesse sich vielmehr das Gegenteil entnehmen, da ja die *hyperocha* auch einen Teil des Kaufpreises bildet; jedenfalls hätte bei Gelegenheit dieses Ausspruches der *hyperocha* Erwähnung geschehen können, wenn man deren unmittelbare Rückgabe an den Käufer hätte gewähren wollen. Es lässt sich jedoch hieraus auch nicht mit Bestimmtheit schliessen, dass jene Möglichkeit habe ausgeschlossen werden sollen. Ein direct entgegenstehender Ausspruch findet sich nicht. Der Sinn der l. 38 aber spricht dafür. Wenn nämlich dem Käufer durch diese Stelle so viel zugestanden wird, als er ohne Schaden des Gläubigers erlangen kann, so liegt darin auch das Recht, Herausgabe einer Bereicherung zu verlangen; nicht nur das kann der Gläubiger ohne Schaden leisten, was er sich wieder erholen kann, sondern auch das, was er über Gebühr erhalten hat. Es könnte allerdings dadurch der Gläubiger in die Lage kommen, von zweien auf dasselbe belangt zu werden, allein wenn er dem Verpfänder bereits geleistet hat, so fällt die Voraussetzung der Klage des Käufers weg, und wenn er dem Käufer schon geleistet hat, so kann er die Klage des Verpfänders durch *exceptio doli* entkräften, denn nun würde die Hinausbezahlung der *hyperocha* an den Verpfänder für diesen eine grundlose Bereicherung bilden, da er der Gefahr, dem Käufer leisten zu müssen, nicht mehr ausgesetzt ist.

Aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung haftet der Gläubiger ferner, wenn der Verpfänder gegen die cedirte *actio pigneraticia contraria* mit einer Gegenforderung gegen den Gläubiger compensirt. Der Käufer wird sich in diesem Falle mit der *actio empti* an den Gläubiger wenden. Diess ergibt sich wiederum aus l. 38, wenn man auf den derselben zu Grunde liegenden Gedanken zurückgeht und die Pflicht zur Klagecession auflöst in die Haftung für so viel, als sich der Gläubiger wieder erholen kann. Müsste dieser umständlichere Weg wirklich durchgeführt werden, würde also der Käufer mit der *actio empti* den Gläubiger in Anspruch nehmen und dieser auf den gleichen Betrag mit der *actio pigneraticia contraria* den Verpfänder, welcher mit einer Gegenforderung compensiren würde, so könnte sich der Gläubiger dem Käufer gegenüber nicht darauf berufen, er brauche nur zu leisten, was er ersetzt bekomme,

könne aber vom Verpfänder wegen der entgegenstehenden Gegenforderung nichts oder nur weniger als ihm abverlangt werde erhalten, brauche in Folge dessen auch nichts oder nur den geringeren Betrag zu leisten: diess könnte er nicht, weil er ja in der That ersetzt erhält; der Ersatz besteht eben hier in der Tilgung der Schuld; wenn er von seiner Schuld befreit ist, ist es so viel, als wenn er Zahlung erlangt hätte. Er kann sich also den der Gegenforderung gleichkommenden Betrag erholen und ist desshalb auch verpflichtet, denselben seinerseits zu leisten. Nur muss die Form der Leistung eine andere sein als die von Ulpian vorgeschriebene. Es genügt hier nicht Cession der Klage, da der Käufer mit dieser den Betrag, der der Gegenforderung gleichkömmt, nicht erreicht; der Gläubiger muss vielmehr aus eigenen Mitteln leisten. Der Käufer kann somit neben der cedirten Klage gegen den Verpfänder, insoweit diese durch Gegenforderung gehemmt ist, noch mit der *actio empti* vom Gläubiger Ersatz erlangen.

## §. 21.

Betrachten wir schliesslich, auch wenn nach l. 38 geklagt wird, den Fall, da Schuldner und Verpfänder verschiedene Personen sind, so zeigt sich, dass sich hier die Klage des Käufers natürlich gegen den Verpfänder richtet. Inwieweit der Verpfänder den Rückgriff gegen den Schuldner hat, hängt von dem Verhältnisse ab, in welchem er zu demselben steht. Hat der Verpfänder seine vermeintlich eigene Sache aus Liberalität für die fremde Schuld verpfändet, so hat er natürlich keinen Rückgriff gegen den Schuldner. Es frägt sich indess, ob nicht ein solcher Verpfänder selbst dem Gläubiger gegenüber von Haftung frei ist, ob ihm nicht die Rechtsstellung des Schenkers zukömmt, welcher für Eviction der geschenkten Sache nicht haftet.

Diese Analogie jedoch schon desshalb nicht anwendbar, weil sich eine solche Verpfändung als Liberalitätsact nicht gegenüber dem Gläubiger, sondern vielmehr dem Schuldner gegenüber darstellt. Dieser gewinnt durch eine solche Verpfändung, da seine Schuld aus dem Erlöse einer fremden Sache gedeckt wird; der Gläubiger erhält nur, was er zu fordern hat und was er, hätte er

es nicht durch den Verpfänder erlangt, vom Schuldner hätte bekommen müssen. Erscheint also diese Verpfändung gleichsam als Schenkung dem Schuldner gegenüber, so ist natürlich, dass der Verpfänder dem Gläubiger wegen Eviction haftet; die Uebernahme der Haftpflicht für Eviction gehört mit zu der Verpflichtung, die der Verpfänder zu Gunsten des Schuldners auf sich genommen hat.

Allein wenn wir auch in einer solchen Verpfändung für fremde Schuld ebenfalls dem Gläubiger gegenüber eine Liberalität erblicken müssten, was ja der Fall ist, wenn sicher ist, dass vom Schuldner nichts zu erhalten ist, so muss dennoch die Ausdehnung der bevorzugten Stellung des Schenkers auf den Verpfänder als unstatthaft erklärt werden. Die durch die Verpfändung ermöglichte Tilgung der Schuld bildet keine Bereicherung für den Gläubiger, sondern ist für ihn lediglich die Realisirung eines Rechtsanspruches. Ausserdem ist ein grosser Unterschied zwischen dem Schenker und einem solchen Verpfänder. Der Schenker überlässt einfach einem anderen eine Sache; die Uebernahme irgend einer Verpflichtung liegt darin nicht[1]). Der Verpfänder dagegen verpflichtet sich dem Gläubiger gegenüber, die Sache so lange zu gewähren, bis die Schuld getilgt ist, eventuell räumt er ihm das Verkaufsrecht ein; in dieser Obligirung liegt die Uebernahme der Haftung für Eviction. Die Uebernahme einer Verpflichtung aber bindet, gleichviel ob sie aus Liberalität oder aus irgend einem anderen Grunde erfolgt ist. Der Umstand, dass nicht dem Gläubiger selbst, sondern dem Käufer evincirt wird, kann nicht in Betracht kommen, weil ja der Käufer den Verpfänder nur auf Grund seiner Haftung gegen den Gläubiger in Anspruch nimmt.

Die Rechtsstellung des Schenkers lässt überhaupt analoge Ausdehnung nicht zu; auch auf die Bestellung einer *dos* ist die Analogie der Schenkung nicht anwendbar[2]).

Sind Schuldner und Verpfänder verschiedene Personen, so kann der Käufer nur die *actio pigneraticia contraria* gegen den

1) Vgl. Windscheid, Pandekten §. 366 A. 7: „Der Schenker schenkt das Geschenkte, wie er es hat".

2) Windscheid §. 495 N. 5.

Verpfänder anstellen, denn eine Bereicherungsklage gegen den Schuldner wäre, solange er vom Verpfänder Befriedigung erreichen kann, unbegründet.

Sind dagegen *utilis actio* und *actio pigneraticia contraria* gegen dieselbe Person gerichtet, so kann der Käufer die *actio utilis* und auf den Rest seiner Forderung die *actio pigneraticia contraria* anstellen. Diess ist von Bedeutung, wenn dem Schuldner eine zur Compensation geeignete, nach dem Pfandverkaufe entstandene Gegenforderung gegen den Gläubiger zusteht. Es ist dann Compensation gegenüber der *actio pigneraticia contraria*, nicht aber gegenüber der *actio utilis* möglich, so dass der Käufer den Kaufpreis vom Verpfänder, den Mehrbetrag seiner Forderung aber mit der *actio empti* vom Gläubiger erhält, da ja dieser, wie oben erörtert wurde, bezüglich des *compensando* aufgehobenen Betrages mit eigenem Vermögen haftet.